

DE

L'OBJET DE LA POSSESSION.

ESSAI SUR LE DROIT ROMAIN,

L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS ET LE DROIT ACTUEL.

DE

L'OBJET DE LA POSSESSION.

ESSAI SUR LE DROIT ROMAIN,

L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS ET LE DROIT ACTUEL.

PAR

P.-J. RAVAIL,

DOCTEUR ÈS SCIENCES JURIDIQUES.

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR,

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

—

1899

DE

L'OBJET DE LA POSSESSION

ESSAI SUR LE DROIT ROMAIN, L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS ET LE DROIT ACTUEL

INTRODUCTION

1. — Si une théorie juridique devenait plus claire, plus précise et plus certaine, au fur et à mesure que se multiplient les écrits destinés à l'approfondir, la théorie de la possession devrait être aujourd'hui d'une clarté merveilleuse, d'une précision sans égale et d'une absolue certitude. Aucune partie du droit, en effet, n'a inspiré aux jurisconsultes un plus grand nombre de travaux. Dès le moyen âge, les juristes de Bologne avaient consacré de volumineuses gloses aux textes romains qui s'y réfèrent (1) et dégagé de ces textes une conception d'après laquelle la possession suppose deux éléments, un fait : le *corpus*, une intention : l'*animus*. Posséder, à leurs yeux, c'était joindre au fait de détenir une chose matérielle l'intention de la posséder. La mainmise actuelle sur une chose jointe à la volonté de la posséder constituaient. à leur avis, l'essence de la possession (2). Leur conception s'est conservée, intacte et ad-

(1) Voy. Savigny : *Tr. de la poss.*, *Bibliogr.*, pp. XVI et suiv.
(2) Cujas, t. VIII, col. 286 E : *Possessio non adquiritur sine animo, et*

mise par tous les anciens auteurs, jusque vers l'époque de la rédaction du Code civil.

2. — Au cours de ce siècle, le célèbre *Traité de la possession en droit romain*, publié en 1803 par le jurisconsulte allemand Savigny (1), est venu substituer aux idées vieillies des Glossateurs une conception nouvelle et originale. Savigny vit dans le *corpus*, non point une mainmise actuelle, mais une simple possibilité de mainmise immédiate sur une chose corporelle, et dans l'*animus*, non point la volonté de posséder la chose, mais « la prétention d'en disposer en fait comme un propriétaire aurait la faculté légale de le faire en vertu de son droit » (2).

C'est cette prétention qu'il caractérisa par l'expression bien connue d'*animus domini* (3).

Le *Traité* de Savigny a exercé une influence immense. Les recherches nouvelles sur la possession ont pris, grâce à lui, un prodigieux essor et ont abouti à une production de littérature juridique considérable. La théorie possessoire dont il contient l'exposé se recommande par des qualités si éminentes d'unité harmonieuse, de netteté et de logique, qu'elle a fini en dépit des critiques dirigées contre elle, par s'imposer, dans tous les pays où l'on étudie le droit romain, comme la théorie classique. Nombre d'excellents esprits l'ont jugée la restitution exacte et définitive des idées romaines. En France notamment elle a formé, jusque dans ces dernières années, la base de l'enseignement dans les Facultés (4).

voluntate adipiscendi eam. — Pothier : *Tr. de la poss.*, n° 39, *Œuvres*, t. IX, p. 279.

(1) Sous le titre de *Das Recht des Besitzes.*

(2) Savigny : *Tr. de la poss. en dr. rom.*, pp. 89 et 229.

(3) Elle n'existe pas en effet dans les textes romains. — Voy. Girard : *Manuel élém. de dr. rom.*, p. 256, note 2.

(4) Saleilles : *Les élém. constit. de la poss.*, ap. *Rev. bourg.*, 1894, p. 204, note 3 : « La théorie de Savigny se trouve à peu près dans tous les ou-

3. — Ce n'est pas seulement parmi les romanistes que cette doctrine a été accueillie avec faveur. Les auteurs qui ont traité de la possession et des actions possessoires dans le droit français en ont fait eux-mêmes, en général, le fond de leurs ouvrages. Partant de l'idée que la théorie possessoire du Code civil et du Code de procédure a sa véritable origine dans les lois romaines et professant que le droit canonique et l'ancien droit coutumier n'étaient en ces matières que ténèbres et confusion (1), ils se sont efforcés, dans la mesure où les textes de nos lois ne s'y montrent pas absolument rebelles, de transporter dans la doctrine et la jurisprudence modernes les idées maîtresses et les principes directeurs du système de Savigny. Ces efforts ont été couronnés d'un tel succès que la théorie allemande, légèrement modifiée par quelques règles empruntées au droit canon et à la jurisprudence coutumière, se trouve former aujourd'hui la principale assise de notre système possessoire.

4. — Cependant, tandis que la théorie de Savigny triomphait chez nous, les polémiques qu'elle avait soulevées, en Allemagne, à son apparition, se poursuivaient entre ses partisans et ses adversaires. Parmi ces derniers, un jurisconsulte de grande envergure, profondément versé dans la connaissance des lois romaines, Rodolphe de Ihering, tout en rendant au mérite du *Traité de la possession* l'hommage qui lui est dû, émettait l'avis que « l'aveu de ce mérite ne doit et ne peut point empêcher la science de soumettre les opinions de Savigny à un examen nouveau (2) ». En contradiction avec cet auteur sur des points

vrages sur la possession et dans tous les livres de Pandectes et les manuels de droit romain : il faudrait citer tout le monde, mieux vaut ne citer personne. » — Voy. toutefois contre cette théorie : Appleton : *Essai sur le fond. de la protect. posses., passim*; — Vermond : *Théor. génér. de la poss. en dr. rom., passim,* et spécialement partie I, ch. I, sect. 2, pp. 76 et suiv. ; — Girard : *Manuel élém. de dr. rom.*, pp. 255 et suiv.

(1) Voy. Wodon : *Tr. théor. et prat. de la poss.*, t. I, p. 7, et n° 357, t. II, p. 60.

(2) Ihering : *Fondement des interd. poss.*, p. 1. Cette affirmation, qui

essentiels dès qu'il put se former un jugement scientifique indépendant, Ihering a entrepris de faire subir aux opinions de Savigny l'épreuve d'une critique méthodique et rigoureuse, judicieusement approfondie, fondée concurremment sur les textes de la législation romaine, sur son esprit et sur la raison.

5. — Cette épreuve, prolongée avec patience, a permis à Ihering d'affirmer que « l'œuvre de Savigny, plus qu'aucune autre, provoque la critique, non point dans ses détails, mais dans ses bases mêmes et dans ses vues fondamentales (1) ». Et c'est précisément à raison des qualités d'unité et de logique qui ont séduit ses partisans. Savigny a commis l'erreur de vouloir réduire le droit tout entier à un ensemble de principes et de conséquences s'enchaînant à la façon des théorèmes géométriques ; il n'a pas compris que toutes les dispositions de la loi positive sont édictées dans l'unique but de donner satisfaction à des besoins sociaux. Sa théorie s'est trouvée, par suite, être une construction juridique purement abstraite, enfantée tout entière par son puissant génie, contraire à l'esprit du droit romain, inconciliable avec les solutions les plus certaines de ses textes, et qui, de plus, a l'inconvénient suffisant à lui seul pour mettre en lumière son inexactitude, de soulever en pratique d'irréductibles difficultés (2). En sorte que, d'après Ihering, la théorie possessoire tant admirée pendant ce siècle est destinée, au même titre que la théorie des Glossateurs sur les ruines de laquelle elle s'était élevée à disparaître tout entière et à n'être plus bientôt qu'une curiosité historique.

6. — Ihering ne s'est pas contenté de ce rôle de critique et

n'est qu'un truisme, avait besoin d'être émise depuis l'anathème lancé par Puchta contre ceux qui oseraient révoquer en doute la justesse de la théorie de Savigny.

(1) Ihering : *Fond. des int. poss.*, p. 1.

(2) Voy. Saleilles : *Les élém. constit. de la poss.*, n°s 68 à 78, ap. *Rev. bourg.*, 1894, p. 201 à 218.

de démolisseur. Après avoir mis à néant la théorie régnante, il s'est attaché lui-même à reconstruire sur des bases nouvelles la théorie possessoire du droit romain. De là sont nées, à la suite de divers passages de son grand ouvrage sur *l'Esprit du droit romain* (1), les deux monographies complémentaires consacrées au *Fondement des interdits possessoires* et au *Rôle de la volonté dans la possession.* Au système logique de Savigny, Ihering oppose une conception qui s'inspire avant tout de l'utilité pratique et qui tend à réduire à l'unité le *corpus* et l'*animus*, double élément traditionnel de la possession (2). Il voit en elle l'accomplissement conscient et voulu de l'ensemble des actes extérieurs et visibles qu'un propriétaire accomplit ordinairement sur sa chose.

7. — La révélation de cette théorie a constitué un événement scientifique aussi considérable que l'apparition même du *Traité de la possession.* Elle est trop récente encore pour qu'il soit possible de prévoir quelle fortune est réservée, en définitive, aux idées nouvelles dont Ihering a été le promoteur. Mais ces idées font leur chemin ; elles se répandent ; on les examine ; elles provoquent des études, des recherches, des réflexions. Plusieurs ouvrages parus en France au cours de ces dernières années les ont, avec plus ou moins de réserves, acceptées dans ce qu'elles ont d'essentiel (3). Un point important

(1) *Esprit du dr. rom.*, t. III, pp. 117 et s. ; — IV, pp. 349 et s. — Voy. *Table des mat.*, V° *possession*, t. IV, p. 427.

(2) Saleilles : *Les élém. constit. de la poss.*, n° 79, ap. *Rev. bourg.*, 1894, p. 311 : « La théorie nouvelle présentée par Ihering se résume très simplement dans les propositions suivantes : 1° *L'animus* et le *corpus* en matière possessoire ne sont que les deux faces d'un même rapport de fait... Le *corpus* n'existe pas sans l'*animus*, lequel est la volonté dont le *corpus* lui-même est l'expression extérieure et visible... »

(3) Saleilles : *op. cit.* ; — Appleton : *Essai sur le fond. de la prot. poss.*; — Vermond : *Théor. gén. de la poss. en dr. rom.* ; — P. F. Girard : *Manuel de dr. rom.*, pp. 255 et s. — En Autriche voy. la 4e édition de l'ouvrage de M. Randa : *der Besitz*, « dédiée aux mânes de Savigny, de Bruns et d'Ihering ».

paraît d'ores et déjà se dégager avec certitude : c'est que le monument juridique élevé par Savigny au début du siècle s'écroule de toutes parts ; c'est que sa théorie possessoire n'est pas, contrairement à ce qu'avaient cru jusqu'ici nombre de jurisconsultes, la restitution de la théorie possessoire romaine. On ne sait pas encore si l'entière vérité se trouve chez Ihering ; mais il est permis d'affirmer qu'elle n'est point chez l'auteur dont il a critiqué la doctrine (1).

Il en résulte, par contre-coup, que la théorie possessoire française se trouve elle-même sapée dans ses fondements. Le moment est venu de la reviser et de la rétablir sur de nouvelles assises.

8. — Pour tenter avec chances de succès une telle entreprise, on devrait, à coup sûr, s'inspirer des principes de la législation romaine ; mais il faudrait se préoccuper aussi plus qu'on ne l'a fait jusqu'à présent, et sans chercher à en diminuer l'importance, des règles de notre ancien droit. Source directe de nos lois, elles ont imprimé à la théorie possessoire un cachet particulier dont le Code civil et le Code de procédure ont gardé la trace, puisqu'il est avéré que leurs rédacteurs ont entendu ne rien innover et consacrer ce qui existait (2). Il est vrai de dire, avec Troplong, que notre droit a, en matière de possession, une originalité toute nationale (3).

Ainsi entendu, l'établissement de la théorie possessoire dans le droit français moderne nécessiterait un travail qui n'a point encore été fait : la construction préalable de la théorie

(1) Saleilles : *op. cit.*, n° 107, *Rev. bourg.*, 1894, p.273 : « La thèse de l'*animus domini* est bien définitivement condamnée et il n'y a pas à songer à la relever. » M. Vermond : *op. cit.*, n° 32, exprime la même opinion.

(2) Wodon : *op. cit.*, t. I, p. 9.

(3) Troplong : *De la prescr.*, n° 237, t. I, p. 381. Cf. Bélime : *Tr. du dr. de poss.*, préf., p. X. « C'est dans le droit coutumier féodal que les principes modernes sur le droit de possession prirent naissance. C'est donc dans les auteurs coutumiers qu'il faut étudier la nature de ce droit et les actions qui en dérivent. »

générale de la possession dans notre ancien droit (1). Mais il est aisé de se figurer quelles difficultés il faudrait vaincre, quelles recherches nombreuses, patientes et prolongées il faudrait faire, quelle sagacité d'esprit il faudrait déployer, pour mener à bien une semblable tâche. Elle exigerait à la fois une connaissance approfondie de l'histoire générale de notre ancien droit et une expérience dans la discussion des questions juridiques que peuvent seuls avoir ceux qui s'y consacrent depuis de longues années. Aussi le sujet que nous nous proposons de traiter n'a-t-il point cette immense étendue, contrairement à ce que pourraient peut-être laisser croire les lignes qui précèdent. Si nous avons, en commençant, formulé ces considérations générales sur l'état actuel de la doctrine en matière de possession, c'est qu'elles nous ont paru nécessaires, tant pour marquer avec précision la place qu'occupe, au milieu de ce vaste champ d'études, la partie restreinte de la théorie possessoire dont nous voulons aborder l'examen, que pour nous permettre d'en faire un clair exposé.

9. — Les ouvrages consacrés à la possession dans ces derniers temps ont porté, d'une manière toute spéciale, sur les points que voici : — 1° Les éléments constitutifs de la possession (le *corpus* et l'*animus*) (2) ; — 2° la nature juridique de la possession ; — 3° le fondement de la protection possessoire (3) ; — 4° le *constitutum possessorium*. — Ces divers points se pla-

(1) On ne peut considérer, en effet, que le *Traité* de Pothier en soit l'exposé fidèle et certain. « Le petit traité qu'il nous a laissé est un de ses ouvrages les moins connus ; ajoutons qu'il est de ceux qui méritent le moins de l'être. La plupart des belles questions que présente le sujet n'y sont point soulevées; dans celles qu'il traite, il s'abandonne trop à son esprit de docilité pour les lois romaines, docilité qui le servait si bien quelquefois, mais ici d'autant plus dangereuse que nos idées modernes sur la possession s'éloignaient davantage de celles reçues par les jurisconsultes romains » (Bélime : *Tr. du dr. de poss.*, p. XI).

(2) C'est le titre de l'étude précitée de M. Saleilles.

(3) C'est à quoi M. J. Appleton a consacré son *Essai*.

cent, à coup sûr, parmi les plus importants de la théorie possessoire. C'est précisément sur eux qu'Ihering a dirigé tout l'effort de sa critique contre l'œuvre de Savigny. Mais ils sont insuffisants pour donner de cette théorie une idée exacte et complète. A côté d'eux, il en existe un autre, qui nous paraît mériter une étude plus approfondie que celle dont il a fait l'objet jusqu'ici. Ceux d'entre les auteurs qui ont jugé bon de le traiter n'y ont consacré, en général, que de très courtes explications (1). Il leur a paru s'éclaircir de lui-même par la détermination et la définition précises des éléments constitutifs de la possession. C'est celui que l'on examine d'ordinaire sous la rubrique : ***Des choses susceptibles de possession.*** Deux auteurs récents écrivent : ***Des droits susceptibles de possession*** (2). C'est là le point particulier dont nous nous sommes proposé l'examen. Mais, pour ne point préjuger si la possession porte sur des *choses* ou sur des *droits*, il nous a semblé préférable de donner à notre sujet ce titre tout à la fois très précis et très compréhensif : *De l'objet de la possession.*

La théorie du droit moderne sur ce point particulier, de même que l'ensemble de notre système possessoire, est issue de celle de notre ancien droit, qui en a lui-même puisé les éléments dans la législation romaine. Elle est la résultante de l'évolution qui s'est produite au cours des deux systèmes législatifs qui ont précédé le nôtre. Si l'on veut asseoir ce dernier sur de solides fondements, il est donc nécessaire d'établir, au préalable, la théorie romaine et la théorie de notre ancienne jurisprudence. L'étude de l'objet de la possession dans le droit actuel doit avoir

(1) A notre connaissance, M. Randa est le seul jurisconsulte qui l'ait examiné sous toutes ses faces. Mais son livre, bien que contenant des aperçus sur le droit romain et le droit français, concerne surtout le droit autrichien. V. *der Besitz :* § 10, *Objecte des Sachbesitzes* et § 24 : *Object des Rechtsbesitzes.*— Vangerow *: Lehrbuch der Pandekten*, § 20, t.I, p. 360, se borne à citer, sans aucun commentaire, deux lois du Digeste.

(2) Baudry-Lacantinerie et Tissier : *De la prescr.*, p. 120.

pour préliminaire l'étude de l'objet de la possession dans le droit romain et l'ancien droit français. De là l'étendue de notre sujet, expliquée par son sous-titre : *Essai sur le droit romain, l'ancien droit français et le droit actuel.*

Notre but se trouve ainsi indiqué d'une manière complète. Il est, en définitive, de montrer l'évolution historique de la notion de la possession, au point de vue particulier de son objet, à travers le droit romain et l'ancien droit français, jusqu'à la rédaction du Code civil (1), et de rechercher quelle est, au même point de vue, la solution adoptée par ce Code. A quoi s'applique la possession ? Quel est son objet ? Voilà, en quelques mots, le problème juridique que nous allons essayer de résoudre, en prenant, à son origine romaine, l'idée de la possession, pour en suivre jusque dans la loi française actuelle les phases et les transformations.

10. — Il est indispensable pour donner la solution d'un tel problème d'avoir de la possession une notion générale exacte. Or, sur cette notion, les jurisconsultes sont, à l'heure présente, — les pages qui précèdent ont permis de s'en rendre compte, — bien loin d'être d'accord.

La possession a été diversement définie. Dans toutes les définitions qui se sont inspirées de la théorie élaborée au moyen âge par les Glossateurs se retrouve cette idée essentielle que la possession consiste dans la détention d'une chose corporelle. Son trait caractéristique, c'est le fait de tenir en sa puissance une chose corporelle ; c'est l'appréhension matérielle, la mainmise sur la chose (2).

Avec Savigny, — nous l'avons vu, — cette notion s'est modifiée. L'essence de la possession n'est plus dans le fait actuel d'une mainmise sur la chose. Il n'est pas nécessaire, pour être

(1) Nous n'examinerons cependant que le dernier état de notre ancien droit. On verra plus loin pour quelles raisons. V. *infrà*, n° 87.

(2) Saleilles : *op. cit.*, n° 8, ap. *Rev. bourg.*, 1893, p. 132.

un possesseur, d'avoir actuellement la chose dans sa main ; il suffit de se trouver par rapport à elle, dans une situation telle que l'on soit à même d'opérer, quand on le voudra, la réalisation de cette mainmise. « On a la possession d'une chose lorsqu'on a la possibilité, non seulement d'en disposer par soi-même physiquement, mais encore de la défendre contre toute action étrangère (1). » La possession consiste essentiellement dans la possibilité immédiate d'agir sur une chose à l'exclusion de toute autre personne.

11. — Si l'une ou l'autre de ces notions était exacte, le sujet de cette étude ne saurait présenter ni difficulté ni intérêt. Il se résumerait tout entier dans cette idée : la possession ne peut avoir pour objet que des choses corporelles, ces choses étant les seules qui soient susceptibles d'être soumises à un pouvoir physique, d'être réellement appréhendées et détenues. Aussi suffit-il à Savigny de quelques mots pour résoudre notre question. « J'ai toujours parlé jusqu'à présent, dit-il, au cours de son exposé de la notion possessoire, dans la supposition que la possession ne pouvait s'appliquer qu'à des choses corporelles. En droit romain aussi, ce principe n'est exprimé que rarement et d'une manière accidentelle seulement (2) ; mais il résulte d'une manière si évidente de l'ensemble de la doctrine romaine en cette matière, que, pour en douter, il faut avoir abordé cette étude avec une idée fausse préconçue. »

12. — Il est possible que la notion possessoire des Glossateurs et celle de Savigny aient été les deux étapes successives par lesquelles la théorie de la possession s'est acheminée dans le droit romain vers son développement complet, vers sa forme

(1) Savigny : *Tr. de la poss.*, p. 2.

(2) Savigny cite ici, à l'appui de son opinion, les deux textes suivants : Paul, lib. 54 *ad Edict.* D., *de adquir. vel amitt. poss.*, XLI, 2, 3. pr. : *possideri autem possunt quæ sunt corporalia* ; — Paul, lib. 54 *ad Edict.*, D., *de usurp.*, XLI, 3, 4, 27 : *quia nec possideri intelligitur jus incorporale.*

définitive et rationnelle (1) ; mais elles ne constituent ni l'une ni l'autre cette forme définitive. Elles ne sont pas, à notre avis, l'expression de la vérité scientifique. Ni la mainmise actuelle, ni la possibilité immédiate de mainmise sur une chose ne sont de l'essence de la possession. On peut être un possesseur sans avoir la mainmise actuelle sur une chose, ni la possibilité immédiate de réaliser cette mainmise, de même qu'on peut l'avoir réalisée déjà, ou être en mesure de la réaliser immédiatement, sans avoir pour cela la qualité de possesseur (2). Ces divers points nous paraissent avoir été mis en un lumineux relief dans la monographie d'Ihering sur le *Fondement des interdits possessoires* (3). Cet auteur a trouvé pour caractériser la possession une expression des plus heureuses. A ses yeux, la « possession est l'extériorité de la propriété (4). Par extériorité, dit-il, j'entends l'état normal

(1) Saleilles : *op. cit.*, n° 7, *Rev. bourg.*, 1893, p. 129. Signalant les trois groupes d'opinions qui correspondent aux théories des Glossateurs, de Savigny et d'Ihering, M. Saleilles dit : « chacune de ces opinions peut s'appuyer sur des solutions insérées au Digeste et ceci me fait croire que ces différents systèmes présentés par les auteurs correspondent bien en effet au développement historique de la doctrine romaine en matière de possession. »

(2) Voyez Saleilles : *op. cit.*, n°s 15 et s., *Rev. bourg.*, 1893, pp. 136 et s.; — n° 25, p. 154 ; — n° 31, pp. 160-161. — Ihering : *Fond. des int. poss.*, p. 174.

(3) Ihering : *Fond. des int. poss.*, pp. 159 et s.; — Saleilles : *op. cit.*, n°s 15 et s.

(4) *Der Besitz ist Thatsächlichkeit des Eigenthums.* — Ce mot « extériorité », au premier abord très abstrait, prendra, nous l'espérons, grâce aux explications qui vont suivre, un sens concret facile à saisir. On verra qu'il est absolument adéquat à l'idée qu'il exprime. Nous l'emploierons donc souvent, bien qu'un puriste puisse peut-être lui adresser le reproche de n'être pas français, puisque l'Académie lui a refusé jusqu'à présent l'entrée de son dictionnaire. Mais Littré, Larousse et MM. Larive et Fleury lui ont donné asile. Il paraît, du reste, avoir acquis, depuis assez longtemps, droit de cité dans notre langue, car on le trouve dès le XVIe siècle dans les écrits de Calvin. Voy. *Inst.*, n° 270 : « Il faut ici regarder autre chose que l'*extériorité* des cérémonies ». C'est, en tout cas, celui que M. de Meulenaere, traducteur d'Ihering, a jugé rendre avec le plus

externe de la chose, sous lequel elle remplit sa destination économique de servir aux hommes. Cet état prend selon la diversité des choses un aspect extérieur différent : pour les unes il se confond avec la détention ou la possession physique de la chose, pour les autres pas (1) ».

13. — Cette notion est précise et d'une application pratique facile. Le pouvoir physique, au sens où l'entendait Savigny, n'y joue plus qu'un rôle accidentel. La possession n'est pas le fait unique et nécessaire de la mainmise sur une chose, de l'appréhension matérielle ; c'est l'ensemble des faits extérieurs, apparents, visibles, variables d'ailleurs avec la nature de la chose, son mode d'utilisation économique et les habitudes en vigueur à une époque donnée, par lesquels se manifeste le droit de propriété. Posséder, c'est accomplir, à l'occasion de la chose et conformément à sa destination, les actes qu'accomplit normalement et ordinairement un propriétaire ; c'est se conduire en toute circonstance comme tel ; c'est, selon l'expression

d'exactitude le sens du terme « Thatsächlichkeit ». La formule d'Ihering nous paraît, en outre, ainsi que le dit M. Randa, rendre sa pensée « avec une précision et une clarté qui ne laissent rien à désirer ». (Randa : *der Besitz*, § 1 a, p. 41 : Mit einer Schärfe und Klarheit, die Nichts zu wünschen übrig lassen, Ihering formulirt seine Auffassung folgender Massen : der Besitz ist Thatsächlichkeit, Sichtbarkeit des Eigenthums). M. P. Viollet trouve de son côté qu'elle caractérise à merveille l'essence de la possession. V. *Hist. du dr. civ. fr.*, p. 569 : « On a défini la possession, ou, comme on disait de préférence au moyen âge, la *saisine*, une propriété en voie de formation. J'en donnerai une idée plus juste encore, en disant avec Ihering, qu'elle n'est autre chose que l'extériorité, la visibilité de la propriété. » — D'autre part, il est intéressant de comparer avec cette formule les paroles par lesquelles, dans l'exposé des motifs du titre XX du livre III du Code civil, Bigot-Préameneu caractérisait la possession : « Posséder est le but que se propose le propriétaire ; posséder est un fait positif, *extérieur*, et continu qui indique la propriété. » (Fenet, t. XV, p. 574 ; Locré, t. XVI, p. 558). Ces diverses considérations nous paraissent justifier l'emploi fréquent que nous ferons du mot et de la formule.

(1) Ihering: *Fond. des interd. poss.*, p. 159.

pleine de justesse d'une constitution insérée au Code de Justinien, *omnia ut dominum gerere* (1).

Cette dernière conception est, à notre avis, la seule scientifique, exacte et précise. Elle n'est pas seulement, — ainsi qu'Ihering l'a démontré, — la notion possessoire définitive des Romains. Elle est aussi, — nos explications ultérieures en donneront la preuve, — celle des deux autres systèmes législatifs dont nous nous sommes proposé l'étude. Si grande qu'ait été sur eux l'influence des Glossateurs, les jurisconsultes coutumiers et les rédacteurs du Code ont su se dégager de la notion du pouvoir physique. Il est vrai de dire d'une manière générale que la possession n'est autre chose que l'extériorité, la visibilité de la propriété (2).

14. — Une conséquence logique, fort intéressante pour notre sujet, découle de cette notion possessoire. — Tous les jurisconsultes (3) qui ont, jusqu'ici, essayé de déterminer l'objet

(1) C. VII, 32, 2 ; *Cum ipse proponaste diu in possessione fuisse* OMNIA UT DOMINUM GESSISSE. « On ne saurait, dit Ihering, mieux exprimer en latin mon point de vue de l'extériorité de la propriété, que par ces mots : *omnia ut dominum gessisse* ». (*Fond. des int. poss.*, p. 171). — Troplong, s'inspirant du passage des travaux préparatoires que nous citons plus haut, n° 12, note 4, avait eu déjà de la possession cette conception exacte. V. *Tr. de la prescr.*, n° 219 *in fine*, t. I, p. 360 : « La propriété, qui est de tous les droits peut-être le plus jaloux, n'est pas condamnée à vivre dans le régime des abstractions ; elle se traduit en actes de jouissance ; *elle se manifeste par des faits extérieurs. Ces actes et ces faits en constituent la possession. La propriété est le droit, la possession est le fait ; c'est le droit passé à l'état d'activité et se réalisant dans sa sphère par des actes sensibles.* » Il n'a manqué à Troplong que la concision d'Ihering.

(2) On ne donne donc pas de la possession une idée tout à fait exacte, quand on la définit : l'exercice ou la jouissance du droit de propriété. Posséder, ce n'est pas seulement exercer le droit de propriété ou en jouir ; c'est aussi subir les charges, exécuter les obligations qu'il impose. Cela entre dans l'*omnia ut dominum gerere*. Néanmoins, et sous le bénéfice de cette observation, nous emploierons nous-même, *commoditatis causa*, les mots jouissance et exercice comme synonymes d'extériorité.

(3) Excepté toutefois MM. Baudry-Lacantinerie et Tissier : *De la prescr.*, n° 199, p. 120.

de la possession, établissent comme un axiome que la possession ne peut s'appliquer qu'à des choses corporelles. « Dans la possession véritable, dit Savigny, c'est la chose et non le droit de propriété qu'on possède (1). » La possession d'un droit est chose inconcevable. ***Possideri autem possunt quæ sunt corporalia; quia nec possideri intelligitur jus incorporale.*** — Cet axiome prétendu leur est imposé par la fausse notion possessoire qui a été jusqu'ici considérée comme la seule véritable. La possession, étant à leurs yeux la mainmise actuelle ou la possibilité immédiate de mainmise sur une chose matérielle, ne peut — c'est de toute nécessité — s'appliquer qu'à des objets matériels. — Pour nous, au contraire, qui voyons dans la possession l'extériorité du droit de propriété, c'est la possession des choses matérielles qui est inconcevable. On ne possède jamais *la chose*; on possède toujours *le droit*.

Une remarque bien simple suffit à mettre en lumière l'exactitude de cette affirmation. Un des effets de la possession est de faire acquérir par prescription le droit de propriété. Or, — c'est une règle bien certaine en matière de prescription — l'on acquiert ce que l'on a possédé; la prescription ne fait que transformer le fait en droit; qu'imprimer à un état de fait le caractère de légalité qui lui manque. Si l'on acquiert le droit de propriété par la prescription, c est qu'évidemment la possession a le droit de propriété pour objet.

15. — Cette manière d'envisager l'objet de la possession peut sembler d'abord n'être qu'une subtilité. Qu'importe que la possession s'applique au droit de propriété, au lieu de s'appliquer aux choses qui s'y trouvent soumises? C'est toujours à l'occasion des choses que s'exerce la possession. Il faut toujours en arriver à déterminer à l'occasion de quelles choses cet exercice sera possible. L'essentiel est d'être d'accord sur cette dé-

(1) Savigny : *op. cit.*, p. 173.

termination. — Il importe beaucoup. L'idée que nous venons d'émettre est si nécessaire qu'elle forme la base de toute théorie vraiment juridique sur l'objet de la possession. Il est indispensable de l'ériger en principe, si l'on veut donner des solutions du droit positif une explication rationnelle. Et c'est précisément le but que doivent se proposer les jurisconsultes. La science juridique ne consiste pas dans la simple connaissance des dispositions de la loi. Sa mission est plus haute ; elle s'attache à dégager des solutions particulières l'idée générale qui les domine, à montrer les liens cachés qui les unissent entre elles. Elle ramène l'ensemble de ces solutions à un principe, ou à un petit nombre de principes directeurs. C'est par ce moyen qu'elle parvient à faire du droit un ensemble de règles présentant de l'unité, une synthèse cohérente, un système, disons le mot : une science. Sur le point particulier que nous étudions, le principe directeur qui relie entre elles et domine les solutions de la loi positive est celui que nous venons de proclamer : *la possession, étant l'extériorité de la propriété, a pour objet ce droit lui-même, non la chose qui s'y trouve soumise.*

16. — Mais le droit de propriété n'est pas le seul qui soit susceptible d'avoir une extériorité. Les autres droits réels, les *jura in re aliena*, se manifestent, au même titre que la propriété elle-même, par des actes extérieurs et visibles. Il est rationnel que cette extériorité en constitue la possession ; il est rationnel que la possession y soit applicable.

On rencontre, en effet, dans les textes romains et dans les écrits des jurisconsultes anciens et modernes, à côté de la possession proprement dite, une institution juridique voisine, qu'ils désignent sous le nom de *quasi-possessio*. Ces deux institutions ont la même nature (1). La seule différence qui les

(1) Cela est aujourd'hui reconnu. V. Bélime : *op. cit.*, n° 8, p. 9 ; — Laurent, t. XXXII, n° 262; — Baudry-Lacantinerie et Tissier : *De la prescr.*, n° 193,

sépare c'est que, d'après ces textes et ces écrits, la première a pour objet les *choses* soumises au droit de propriété, pendant que la seconde s'applique aux démembrements de ce droit, aux divers *droits* réels dont la propriété est la réunion ; c'est que l'une embrasse dans son domaine des *choses*, pendant que l'autre n'y comprend que des *droits* ; c'est que l'une a pour objet des *choses corporelles*, l'autre des *choses incorporelles* (1). Nous venons de voir que la possession qu'on qualifie de proprement dite par opposition à la *quasi-possessio*, s'applique aussi bien que cette dernière, non à une chose, mais à un droit. Cette distinction sans fondement repose, d'une part, sur la notion possessoire inexacte qui a été jusqu'ici communément reçue, et d'autre part, sur la division irrationnelle des droits en *corporels* et *incorporels*, laquelle a elle-même sa source dans la confusion, que l'on a commise de tout temps, entre le droit de pro-

p. 116.— Savigny cependant est si attaché à sa conception du *corpus* et de l'*animus domini* qu'il nie qu'il en soit ainsi : « De même, dit-il, que dans la possession véritable c'est la chose et non le droit de propriété que l'on possède (*possessio corporis*), de même aussi l'on ne devrait pas ici parler de la possession d'une servitude (*possessio juris*). Toutefois nous n'avons pas, dans ce cas, d'autre mot auquel nous puissions rattacher la possession, comme en matière de propriété elle se rattache directement à la chose possédée ; nous ne pouvons donc éviter d'employer cette expression impropre, il faudra seulement se garder d'oublier l'inexactitude de cette manière de dire, qui n'a d'autre but que de désigner l'exercice d'un *jus in re*, exercice qui n'est à ce *jus in re* que ce que la possession est à la propriété. » Ainsi, ce serait à cause de la pauvreté de la langue latine qu'on aurait parlé de *juris possessio* ! Voy. dans Ihering : *Fond. des int. poss.*, p. 170, la critique très judicieuse de ce passage de Savigny. M. Accarias : *Précis*, t. I, p. 552, dit avec beaucoup de justesse : « La *quasi-possessio* des servitudes est tellement identique à la possession des *res corporales* que, parfois, les textes l'appellent possession (l. 3, *si usuf. pet.*, VII, 6) et qu'Ulpien va jusqu'à parler d'une *detentio servitutis* (l. 1, § 5, *De remiss.*, XLIII, 25). » Cf. Namur : *Cours d'Instit.*, § 126, t. I, p. 170.

(1) Cujas : *Comment. in lib. quæst. Papin. Opera.*, t. IV, col. 63, A : *Et recte definit quid distet possessio a quasi-possessione. Possidemus rem corporalem, ut fundum, quasi possidemus rem incorporalem, veluti usumfructum.*

priété et la chose sur laquelle il porte (1). En réalité, la possession et la quasi-possession ont l'une et l'autre pour objet des droits (2) : les droits dont elles sont l'extériorité : propriété et démembrements de ce droit. Si la première est l'extériorité de la propriété, la seconde est l'extériorité des autres droits réels. Elles se confondent et s'identifient, et l'on peut, désignant sous une expression unique la possession et la quasi-possession, en donner cette définition générale : la possession est l'extériorité d'un droit réel.

17. — Il n'existe même, en théorie pure, aucun motif de restreindre aux droits réels l'objet de la possession. Tous les droits sans exception peuvent se manifester et se manifestent, en fait, par des actes extérieurs, positifs, apparents et visibles. Tous, par conséquent, sont susceptibles de possession (3). La possession n'est pas seulement l'extériorité de la propriété, ni même l'extériorité d'un droit réel ; elle est l'extériorité d'un droit quelconque ; elle devient, avec une définition récente, « l'ensemble des actes par lesquels l'exercice d'un droit se manifeste extérieurement (4) », ou plus simplement encore, selon la formule concise d'Ihering, « l'extériorité du droit (5) ». « Toute possession n'est et ne peut être que l'exercice visible d'un droit, et comme le dédoublement d'un droit ; c'est la partie matérielle ou la face extérieure qui s'en trouve détachée, qu'il s'agisse d'ailleurs d'un droit proprement dit ou d'une situation juridique quelconque : possession des droits ou possession d'é-

(1) *Sic* : Baudry-Lacantinerie et Chauveau : *Des biens*, n° 16, pp. 16-17.

(2) *Sic* : Baudry-Lacantinerie et Tissier : *De la prescr.*, n° 199, p. 120 : « La possession n'est que l'exercice d'un droit ; en réalité, ce n'est pas la chose qu'on possède, c'est le droit qu'on a ou qu'on prétend avoir sur la chose. »

(3) Didier-Pailhé : *Cours élém. de dr. rom.*, t. I, p. 158 ; — Accarias : *Précis*, n° 218, t. I, p. 550 ; — May : *Elém. de dr. rom.*, n° 77, p. 147 ; — Girard : *Manuel élém. de dr. rom.*, p. 255.

(4) Baudry-Lacantinerie : *Précis de droit civil*, 6e édit., t. I, n° 1292, p. 691. — Cf. Chénon : *Les démembr. de la prop. fonc.*, p. 163.

(5) Ihering : *Fondem. des interd. poss.*, p. 170, n° 13.

tat, les deux rapports se ramènent ainsi à l'unité (1). » La possession embrasse, dans sa généralité, tous les droits qui peuvent appartenir à une personne, composer son patrimoine ou constituer son état civil : droits réels, droits de créance, droits de cité et de famille (2).

18. — De cet ensemble de considérations générales se dégagent nettement deux idées essentielles, qui constituent, au point de vue de la raison pure, la seule conception exacte du domaine de la possession :

(1) Saleilles : *op. cit.*, n° 128, *Rev. bourg.*, 1894, p. 402.

(2) Nous avons, à dessein, évité de faire intervenir dans cette notion générale de la possession et de son objet les éléments traditionnels que l'on considère comme constitutifs de l'idée de possession : l'élément matériel ou *corpus* et l'élément intentionnel ou *animus*. Nous nous sommes borné à caractériser l'élément matériel, à l'exclusion de l'élément intentionnel. La distinction et la définition du *corpus* et de l'*animus*, indispensables si notre but était de construire sur la possession une théorie d'ensemble, ne ferait ici que compliquer inutilement une idée fort simple. L'élément matériel de la possession, le *corpus*, est suffisant pour nous permettre l'exposé méthodique de notre sujet et pour lui donner les développements qu'il comporte. Il consiste, à nos yeux, dans cet ensemble d'actes apparents et visibles que nous avons représentés comme l'extériorité du droit. Quant à l'*animus*, qu'il soit caractérisé, ainsi que l'ont pensé les Glossateurs, par la volonté de posséder (*animus possidendi*), ou bien, selon l'opinion de Savigny, par l'intention juridiquement manifestée de se conduire en propriétaire et de prétendre à la propriété (*animus rem sibi habendi, animus domini*) ; ou qu'il soit simplement, comme le veut Ihering, la réalisation consciente du *corpus*, peu importe à notre point de vue. Il est susceptible d'accompagner l'exercice de l'état des personnes et des droits de créance, aussi bien que l'exercice de la propriété et des autres droits réels, quelle que soit la conception que l'on s'en fasse. On peut également exercer tous ces droits avec l'intention de les posséder, avec la volonté d'y prétendre et de les acquérir, avec la conscience de leur exercice. Les trois conceptions des Glossateurs, de Savigny et d'Ihering sont en parfaite harmonie avec la notion possessoire que nous prenons pour base de nos explications. La nécessité de se déterminer pour l'une d'entre elles, ou d'en accepter une différente, ne se fait donc pas sentir. Il nous faudrait, pour établir notre opinion, entrer dans des détails assez longs et qui se trouveraient en dehors de notre sujet. L'élément intentionnel de la possession est, en effet, avec la théorie régnante, fort difficile à concevoir et à préciser. Voy. Saleilles : *op. cit.*, nos 69 et suiv., *Rev. bourg.*, 1894, pp. 204 et s., 311 et s.

En premier lieu, *la possession a toujours pour objet, non des choses, mais des droits* ;

En second lieu, *tous les droits sans exception sont susceptibles d'être possédés.*

19. — Les législations positives dont nous nous sommes proposé l'étude en sont-elles arrivées à cette conception rationnelle du domaine de la possession ? — C'est là précisément ce que nous devons rechercher et établir. — Or, à cet égard, les textes ne contiennent que des solutions d'espèce. Ni le droit romain, ni l'ancien droit français, ni le Code civil n'ont pris le soin de formuler un principe certain dont on puisse s'inspirer pour donner à notre question la réponse qu'elle comporte. Un critérium est cependant nécessaire pour nous guider dans nos recherches. A quoi pourrons-nous reconnaître que ces législations ont admis ou rejeté la possession des diverses catégories de droits que nous avons énumérées ?

Voici quelle est, à notre avis, l'idée générale qui domine tout le sujet et rayonne sur son ensemble. C'est d'elle que nous devrons nous inspirer toutes les fois que la loi positive n'aura pas déclaré elle-même qu'un droit est susceptible d'être possédé.

20. — La théorie possessoire tout entière a été édifiée dans le but de donner satisfaction à des besoins sociaux. La distinction de l'exercice des droits d'avec les droits eux-mêmes ne se comprendrait pas, si elle était sans utilité pratique. Or, cette utilité ne peut se manifester que sous la forme d'effets juridiques. La possession n'est utile que parce qu'elle produit des effets juridiques. Si donc une législation n'attache à l'exercice d'un droit, envisagé en lui-même (1), aucun effet juridique, on peut affirmer avec certitude qu'elle n'en a pas admis la possession. Cette première idée nous paraît à l'abri de toute criti-

(1) C'est-à-dire sans se préoccuper de savoir si celui qui exerce ce droit en est ou non le titulaire.

que. Elle permet de savoir sans erreur possible, quand un système législatif a laissé un droit déterminé en dehors du domaine de la possession.

21. — Mais cette partie toute négative de notre critérium n'est pas suffisante. L'intérêt n'est pas moindre de pouvoir s'assurer qu'un droit est susceptible d'être possédé que d'acquérir la certitude qu'il ne l'est pas. C'est par l'application de la même idée qu'on y parviendra.

La possession produit des effets juridiques qui lui sont propres, qu'aucune autre institution n'est susceptible d'entraîner. Il existe, en d'autres termes, des effets qui ont pour cause nécessaire la possession, qui la supposent, qui ne peuvent exister sans elle. Toutes les fois que nous verrons l'exercice d'un droit les entraîner par lui-même, nous pourrons affirmer, sans crainte d'erreur, que cet exercice revêt un caractère possessoire. Nous pourrons en conclure, en toute assurance, que la législation qui les consacre admet la possession du droit exercé. Quand on se trouve en présence d'un effet qu'on sait avoir une cause unique, nécessaire et connue, l'erreur dans la détermination de cette cause n'est pas possible de la part d'un esprit qui sait raisonner. Rechercher si la législation romaine, l'ancien droit français et le droit actuel ont attaché à la simple extériorité des droits réels, de l'état des personnes et des créances, des effets juridiques que nous sachions avoir pour cause nécessaire la possession, nous apparaît donc comme un moyen excellent, irrépréhensible, de découvrir si ces trois systèmes législatifs ont considéré ces divers droits comme susceptibles d'être possédés. Voilà tout à la fois un critérium certain, simple et facile de l'idée de possession, et une sûre méthode pour parvenir à la solution de notre problème.

22. — Pour permettre l'application de ce critérium et la mise en pratique de cette méthode, il nous reste à déterminer les effets, les conséquences juridiques, que l'on doit considérer

comme ayant la possession pour cause nécessaire et certaine.

Sur ce point encore nous allons nous trouver en dissentiment avec la théorie régnante et classique. Selon Savigny et son école, la possession ne produit que deux effets : l'usucapion et les interdits. « Nous ne trouvons dans tout le droit romain, dit-il, que deux effets légaux que l'on puisse attribuer à la possession comme telle et indépendamment de toute idée de propriété : ce sont l'usucapion et les interdits... (1). La possession est la condition d'existence de l'usucapion et des interdits... Sur ce point, tout le monde est d'accord. Mais je vais plus loin, et je soutiens qu'en dehors de ces deux droits, il n'en est aucun autre que l'on puisse considérer comme effet de la possession, et sur ce point tous les auteurs, à une ou deux exceptions près, me contredisent (2)... » Et ailleurs encore : « Les effets juridiques de la possession sont l'usucapion et les interdits ; mais quant à l'usucapion, ce n'est pas la possession seule qui la produit, il faut à celle-ci, dès le principe, d'autres conditions encore ; les interdits au contraire, n'exigent absolument que l'existence de la possession, le trouble dont elle serait l'objet autorise toujours à les invoquer... (3). Par elle seule, la possession ne donne droit qu'aux interdits (4). »

En d'autres termes, l'effet caractéristique de la possession, aux yeux de Savigny, c'est l'interdit. L'interdit est un effet nécessaire et minimum de la possession ; il l'accompagne toujours ;

(1) Savigny : *op. cit.*, p. 5.
(2) Savigny : *eod. loc.*, p. 9.
(3) Savigny : *eod. loc.*, p. 170.
(4) Savigny : *eod. loc.*, p. 13. *Adde*, pp. 48 et 49. « Il y a deux espèces de possessions juridiques : *civilis possessio* ou possession menant à l'usucapion, et *possessio* ou possession protégée par les interdits... Voici dans quelle relation elles sont l'une à l'égard de l'autre : la possession qui produit l'usucapion comprend toujours celle qui sert de base aux interdits et n'en diffère que parce qu'elle exige quelques conditions de plus. Celui donc qui possède *ad usucapionem* a toujours aussi droit aux interdits, mais l'inverse ne serait pas vrai. »

il est de son essence. D'où il suit qu'il n'y a possession que là où une situation de fait constituant l'exercice d'un droit est protégée en elle-même par l'interdit. Si cette protection fait défaut, le droit exercé est insusceptible d'être possédé.

Plusieurs des auteurs modernes qui se sont préoccupés de rechercher les effets de la possession dans le droit actuel professent la même opinion. Ils les bornent à la prescription et aux actions possessoires, et considèrent que les actions possessoires — qui ont remplacé dans notre droit les interdits romains — sont de l'essence de la possession. Partout où l'exercice d'un droit n'est pas protégé en lui-même par l'action possessoire, cet exercice, d'après eux, ne constitue pas une possession et le droit auquel il s'applique est insusceptible d'être possédé (1).

23. — Aucune disposition des trois systèmes législatifs dont nous nous proposons l'étude ne nous semble permettre de déterminer avec cette rigueur précise les effets de la possession. Voici quelle est, selon nous, la vérité sur ce point :

La possession, telle que nous l'avons caractérisée, produit un effet général unique et essentiel : c'est de faire présumer que le possesseur d'un droit en est le titulaire. La possession crée au profit du possesseur une présomption de propriété. ***Possessio seu quasi præsumptionem facit pro eo qui in ea reperitur. Possessor in dubio præsumitur dominus*** (2). C'est une

(1) Bélime: *op. cit.*, n° 7 *in fine*, p. 9 : « Quant à nous, nous ne reconnaissons de possession véritable que celle qui peut donner les actions possessoires ». *Adde* Wodon : *Tr. théor. et prat. de la poss.*, nos 39 à 50, t. I, pp. 50 à 70.

(2) Menochius : *De præsumpt.*, liv. VI, præs. 55, n° 22, t. II, p. 844 ; — liv. III, præs. 100, n° 5, index, V° *Possessio* ; — Aubry et Rau, § 182, t. II, p. 139 : « La possession des choses corporelles engendre, en faveur du possesseur, une présomption légale de l'existence dans sa personne du droit de propriété dont elle est la manifestation. » Et p. 142 : « La possession d'une servitude engendre également en faveur de celui qui en jouit, une présomption légale d'existence, dans sa personne, du droit exercé à titre de servitude. »

idée que l'on trouve fréquemment exprimée, tant par les textes romains que par les anciens auteurs et les jurisconsultes modernes. Et l'on se l'explique sans peine. Rien n'est plus naturel que de croire la réalité conforme à l'apparence. « C'est un des effets les plus utiles de la possession, dit Bugnet; et cette conséquence ou présomption est fort naturelle; c'est le bien, l'ordre, et non le mal, le désordre qui se présume; donc on doit croire que celui qui possède a le droit de posséder, de tirer toute l'utilité de la chose, d'en disposer, en d'autres termes qu'il en est le propriétaire (1). » Et cela n'est pas vrai seulement de la propriété au sens étroit du mot; cela est vrai de tout droit qui peut appartenir en propre à une personne. Cela est vrai des servitudes et des autres *jura in re aliena*; cela est vrai de l'état des personnes; cela est vrai des créances. Quoi de plus naturel que de penser que le propriétaire d'un fonds, qui a, pendant longtemps, exercé une servitude sur le fonds voisin, est titulaire de cette servitude? Quoi de plus naturel que de penser que la personne qui a continuellement joui d'un état déterminé a le droit d'en jouir, par la raison qu'il lui appartient? Quoi de plus naturel enfin que de considérer comme créancier celui qui, en fait, a retiré d'une créance tous les avantages qui y sont attachés?

Faire présumer le possesseur titulaire du droit possédé est donc l'effet primordial, essentiel et minimum de la possession (2).

24. — Cet effet essentiel est lui-même générateur d'effets

(1) Sur Pothier : *Tr. de la poss.*, pr., t. IX, p. 267, note 1. — Cf. Bélime : *op. cit.*, n° 9, p. 10. Au n° 3 de son *Traité de la poss.*, Pothier dit encore : « Quoique la possession ne soit pas un droit dans la chose, elle donne néanmoins au possesseur plusieurs droits par rapport à la chose qu'il possède. 1° Elle l'en fait réputer le propriétaire tant que le véritable propriétaire ne se fait pas connaître et ne la réclame pas. » (T. IX, p. 268). — Cf. Domat : *Lois civiles*, liv. III, tit. VI, sect. VI, n° 1, t. II, p. 166.

(2) Aubry et Rau, § 182, t. II, p. 140 : « Cette présomption est l'unique effet que la possession produira par elle-même. »

secondaires, qui n'en sont que la mise en œuvre et dont le nombre et l'étendue varient, avec chaque catégorie de droits, suivant les besoins de la pratique et les qualités particulières que peut présenter une possession déterminée (1). Au nombre de ces effets se placent, à coup sûr, au premier rang par leur importance l'usucapion ou prescription et les interdits ou actions possessoires.

25. — L'usucapion ou prescription a été considérée depuis fort longtemps comme une des bases de l'ordre social. La nécessité de ne pas remettre à tout moment en question la légitimité des situations acquises l'impose à tout système législatif. Les besoins de la pratique qui l'ont fait introduire peuvent, au début, n'avoir pas été les mêmes partout (2). Mais, dans le droit romain parvenu à son développement complet, et dans les deux autres législations que nous étudierons, elle s'explique, en raison, par la même idée : quand la possession s'est prolongée pendant le temps et avec les caractères que la loi établit, la présomption de propriété qui existe au profit du possesseur se transforme en propriété véritable (3). La possession fait d'abord naître une présomption : en se prolongeant, elle transforme cette présomption en certitude ; elle devient un titre ; elle fait acquérir la propriété.

(1) Exemple : Dans notre droit, la possession à titre de propriétaire, sans bonne foi ni juste titre, ne fait acquérir la propriété qu'au bout de trente ans ; si elle est de bonne foi et a son origine dans un juste titre, le délai de la prescription est réduit à 10 ou 20 ans. Dans le droit romain classique la bonne foi était toujours nécessaire pour que la possession conduisît à l'usucapion. Elle ne l'était pas pour procurer le bénéfice des interdits.

(2) C'est ainsi qu'on ne trouve qu'à Rome le besoin de transformer l'*in bonis* en propriété quiritaire.

(3) Bélime : *op. cit.*, n° 9, p. 10 : « Après trente ans, le possesseur est réputé propriétaire par une présomption irréfragable ». Disc. de Goupil-Préfeln sur le titre 20 du liv. III du C. civ. : « La prescription est la conséquence de la présomption du titre de la propriété... » Poncelet : *Mot. et disc.*, p. 790 ; — Fenet, t. XV, p. 603 ; — Locré, t. XVI, p. 592.

Il est donc certain que partout où le simple exercice d'un droit a pour résultat de le faire acquérir, au bout d'un temps donné, cet exercice constitue une possession. C'est un principe qu'on trouve encore formulé souvent : il n'y a pas de prescription sans possession, *sine possessione usucapio contingere non potest* (1). La législation qui admet l'acquisition d'un droit par un exercice prolongé considère ce droit comme susceptible d'être possédé.

26. — De même, la présomption de propriété qui résulte de la possession a conduit le législateur à protéger la possession pour elle-même, sans s'assurer au préalable que celui qui possède le droit en est réellement le titulaire. C'est l'idée juridique qu'Ihering donne pour fondement à la protection possessoire dans le droit romain (2). Peut-être, dans cette législation, ce fondement n'est-il pas unique (3) ; mais c'est assurément le seul rationnel, et c'est aussi, à notre avis, le fondement de la protection possessoire dans l'ancien droit et dans le droit actuel. « Ce que la loi protège et garantit, c'est bien moins la possession en elle-même que le droit probable de propriété ou de servitude, dont celle-ci fait supposer l'existence (4). » La garantie résultant de l'action possessoire n'est que la conséquence pratique de la présomption de propriété

(1) Licin. Ruffin., lib.1 *regul.*, D., *de usurp. et usuc.*, XLI, 3. 25 ; — Donellus : *de jure civ.*, lib. V, cap. VI, p. 183, 10 a. : *In primis eum, qui usucapturus est, possidere oportet. Sine possessione usucapio non contingit* ; — Loyseau : *Des off.*, p.62, n° 14 : « C'est la règle du droit commun que *sine possessione non currit praescriptio* » etc...

(2) C'est l'idée maîtresse de sa monographie sur le *Fond. des interd. possess.*

(3) Voyez Appleton : *op. cit.*, *conclusion*, dont les idées sur le droit romain nous paraissent très justes.

(4) Aubry et Rau, § 177, t. II, p.108 ; — Bélime : *op. cit.*, n° 15, p.16 : « La possession est une présomption de propriété, comme la remise du titre est une présomption de libération. Quand le juge maintient le possesseur, *ce n'est pas tant le possesseur qu'il protège, que le propriétaire présumé.* » *Adde, eod. op.*, p. 10.

attachée à la possession. Elle suppose nécessairement qu'on possède. Toutes les fois donc que nous verrons la simple jouissance d'un droit protégée en elle-même, à Rome par un interdit possessoire (1), chez nous par une action possessoire, nous pourrons encore, comme en cas de prescription, affirmer avec assurance que ce droit est susceptible d'être possédé.

27. — Mais si ces deux effets : la prescription et les actions possessoires sont les plus importants et les plus remarquables de la possession, ils ne sont pas les seuls. Nous considérons encore comme ayant ce caractère le fait de pouvoir invoquer, pour prouver qu'on est titulaire d'un droit, la simple jouissance qu'on en a eue (2). Nous verrons qu'il existe des cas où les trois systèmes législatifs que nous devons étudier autorisent, en cas de litige, ce mode de preuve. C'est une conséquence juridique. Au même titre que l'usucapion et les interdits possessoires, elle trouve son explication rationnelle dans l'idée que, dans le doute, on présume la réalité conforme à l'apparence. Cela est si vrai qu'en définitive, cette conséquence juridique aboutira souvent à un résultat très voisin de l'usucapion. Le litige, en effet, prendra fin par une décision judiciaire. Si le juge déclare suffisante la preuve résultant de l'exercice du droit, sa décision, dès qu'elle aura acquis l'auto-

(1) Par un interdit *possessoire,* c'est-à-dire par un de ces interdits qui ne tendaient pas à faire statuer immédiatement sur le fond du droit, qui portaient sur une question de fait plutôt que sur une question de droit ; qui ne constituaient que des décisions provisoires, laissant subsister une difficulté qui devait être tranchée plus tard par la voie de l'action ; qui, en un mot, étaient *possessoires* et non *pétitoires.* A l'époque classique il en était d'autres qui se suffisaient à eux-mêmes, qui vidaient d'une manière complète le différend des parties. L'existence de ces derniers ne prouvait rien en faveur de la possibilité de posséder les droits auxquels ils s'appliquaient. Voy. sur cette différence : Accarias : *Précis,* nº 958, t. II, pp. 1216-1217 ; — Girard : *Manuel,* pp. 266 et 1017.

(2) Bigot-Préameneu : *Exp. des mot. du titre de la prescr.* (Fenet, t. XV, p. 574 ; — Locré, t. XVI, p. 558) : « La possession est à la fois l'attribut principal et *la preuve* de la propriété. »

rité de la chose jugée, constituera un titre consacrant d'une manière inébranlable comme titulaire du droit celui qui peut-être est un usurpateur (1). Ce résultat, si l'on va au fond des choses, présente avec la prescription une grande analogie. S'il a le même fondement, il a aussi la même utilité pratique : empêcher qu'on ne renverse une situation acquise et consolidée par une longue jouissance. En pareil cas encore, nous serons fondé à dire que le droit exercé est considéré par la loi comme faisant partie du domaine de la possession.

28. — C'est, du reste, à titre de simple exemple que nous citons ce troisième cas. Nous en rencontrerons d'autres au cours de nos recherches et de nos explications (2). A notre avis, les effets de la possession se déterminent d'après la règle générale suivante : toute conséquence juridique attachée au simple exercice d'un droit, qui trouve son explication rationnelle dans la présomption que nous avons formulée, est un effet de la possession. C'est sa nature, parce qu'elle n'est que la mise en œuvre de cette présomption. Le droit romain, l'ancien droit français et le droit actuel ne reconnaissent, en effet, relativement aux droits que deux qualités : celle de titulaire réel et celle de titulaire apparent, celle de propriétaire et celle de possesseur. Ils n'attachent d'effets juridiques qu'à la *propriété* et à la *possession*. Quand une conséquence ne peut s'expliquer par la qualité de titulaire, celle-ci n'étant d'aucune considération, elle s'explique nécessairement par la qualité de possesseur. Elle a sa source dans la présomption de propriété qui découle de la possession. L'extériorité du droit qui produit cette conséquence

(1) Sauf, bien entendu, l'application du principe de la relativité de la chose jugée.

(2) Nous considérons, par exemple, encore comme un effet de la possession l'attribution de la qualité de défendeur à celui qui jouit du droit litigieux (Garsonnet: *Tr. théor. et prat. de procéd.*, t. I, § CXXX, p. 538). Mais qu'on n'aille pas conclure de là que nous considérons tout défendeur comme un possesseur. Voy. Namur : *Cours d'Instit.*, § 123, t. I, p. 166.

revêt un caractère possessoire. Le droit auquel elle s'applique est susceptible d'être possédé.

29. — Voilà notre critérium dans son ensemble. Nous le croyons établi, tant au point de vue logique qu'au point de vue juridique, sur les bases les plus sérieuses. Il se relie d'une manière étroite aux deux idées que nous avons représentées plus haut comme la seule conception rationnelle du domaine possessoire : à savoir qu'on ne possède jamais des choses, mais des droits, et que tous les droits sont susceptibles d'être possédés. Uni à ces deux idées, il constitue le point fixe auquel se rapportent et se rattachent tous les détails, le centre vers lequel viennent converger toutes les idées accessoires de notre sujet, la pensée qui le résume tout entier et rend possible de lui donner cette qualité première de toute production de l'intelligence : l'unité.

30. — Mais il demande à être entendu et appliqué avec mesure et discernement. En disant que tout droit dont l'exercice entraîne par lui-même les conséquences juridiques dont nous venons de parler est susceptible de possession, nous n'entendons point en conclure qu'on devra faire produire nécessairement à l'exercice de ce droit tous les effets possibles de la possession. Si, par application de notre critérium, nous arrivons, par exemple, à démontrer que le droit actuel admet la possession des créances, cela ne signifiera pas qu'à nos yeux la possession des créances doive nécessairement entraîner dans cette législation, la possibilité de les usucaper et la protection de leur simple jouissance par la voie de l'action possessoire.

Raisonner ainsi serait tomber dans cet abus de l'esprit géométrique dont Ihering a fait un grief à Savigny et à son école (1).

(1) Voy. Saleilles : *op. cit.*, n°s 68 et s., *Rev. bourg.*, 1894, pp. 201 et s. — Citons un exemple à l'appui de notre affirmation : tout le monde admet que, d'après le droit romain, le précariste était un possesseur ; sa possession cependant n'entraînait qu'un effet : l'interdit possessoire. Le précariste ne pouvait usucaper. Il en était de même du gagiste, du superficiaire,

Il ne faut pas oublier que les effets de la possession se modèlent sur l'utilité pratique; qu'ils n'ont été introduits dans le droit que pour donner satisfaction aux besoins sociaux. Ils ont donc l'étendue que la loi positive a jugée devoir suffire à ces besoins.

Ihering a encore eu le mérite de mettre au grand jour cette idée fort juste : les effets d'une institution ne sont pas inévitablement ceux que réclame la logique. Le législateur n'est pas guidé par la pensée de construire un monument juridique qui provoque l'admiration par sa symétrie et sa régularité extérieures. Il ne veut qu'une chose : atteindre un but pratique déterminé. « En droit l'idée de but est la seule puissance créatrice (1) ». Elle domine le droit tout entier. Si, pour atteindre ce but, il suffit de donner à une institution un seul des effets que la logique fait découler de sa nature, le législateur ne lui en donne pas d'autres (2). L'institution juridique ne change pas pour cela de caractère; elle demeure la même. Ainsi en est-il en matière de possession. Pour ne pas produire, appliquée à un droit déterminé, tous les effets logiquement possibles de la possession, l'extériorité de ce droit n'en conserve pas moins son caractère possessoire.

de l'emphytéote, etc., dont la possession ne donnait droit qu'aux actions possessoires.

(1) Ihering : *Du rôle de la volonté dans la poss.*, préf. p. VII ; *Der Zweck ist Schöpfer des ganzen Rechts.*

(2) Nous pouvons citer à titre d'exemple la subrogation établie par les articles 1249 et suivants du Code civil. On n'est pas d'accord sur la nature juridique de cette institution ; mais l'opinion la plus généralement admise en doctrine et consacrée en jurisprudence y voit, dans les rapports du tiers subrogé avec le débiteur, une cession fictive de créance. Fait-on produire à cette fiction, ainsi que l'exigerait la logique, tous les effets d'une cession véritable? Nullement, mais uniquement ceux qui sont nécessaires pour permettre d'atteindre le but que s'est proposé le législateur : assurer le mieux possible l'efficacité du recours qu'a fait naître, au profit du subrogé contre le ou les débiteurs, le paiement fait au créancier, sans cependant causer de préjudice à personne.

31. — Peut-être va-t-on nous objecter que, réduite à ces proportions, la théorie de l'objet de la possession devient une pure question de mots ; qu'elle aboutit simplement à désigner sous le nom de possession des situations diverses qu'on a jusqu'ici autrement appelées. — Cette objection manquerait encore de justesse. Il est bien des cas où il peut être fort utile de savoir si tel droit particulier est ou non susceptible d'être possédé. L'admettre aurait pour résultat de donner une base juridique solide à une solution excellente en pratique. Le nier mettrait le juge dans cette alternative embarrassante : choisir entre une décision équitable et utile, mais illégale, et une solution bien fondée en droit, mais contraire à l'équité et à l'intérêt général (1). Envisagée sous cet aspect, la théorie de l'objet de la possession est assurément autre chose qu'une querelle de mots.

Mais n'eût-elle pas cette utilité ; ne dût-elle servir qu'à donner une explication rationnelle des dispositions de la loi positive, elle mériterait encore d'être tentée. Elle revêtirait alors un caractère spéculatif et purement scientifique, la science se proposant, si l'on en croit les philosophes, de faire connaître les raisons, le pourquoi des choses. N'a-t-on point édifié plus d'une théorie juridique qui se flatterait vainement de présenter même cet avantage ?

32. — Ainsi limitée et précisée par cette longue introduction, l'étude que nous avons entreprise sur l'objet de la pos-

(1) Nous pouvons encore citer ici un exemple topique. L'article 2103-4° du Code civil déclare privilégié « le prix d'effets mobiliers non payés, s'ils sont encore en la possession du débiteur.. ». Plusieurs auteurs refusent d'accorder ce privilège au cessionnaire d'une créance pour ce motif que, les créances n'étant pas susceptibles de possession, la condition à laquelle la loi subordonne l'existence du privilège ne peut pas être réalisée. Il est cependant utile et équitable que le cessionnaire d'une créance soit privilégié comme tout autre vendeur. La jurisprudence l'a si bien compris qu'écartant l'objection juridique que nous venons d'indiquer, elle accorde le privilège. Démontrer que, dans notre droit, les créances entrent dans le domaine de la possession, mettrait juridiquement cette solution à l'abri de toute critique.

session dans le droit romain, l'ancien droit français et le droit actuel, se divise d'elle-même et naturellement en trois parties, qui l'embrassent dans son entier et dont chacune correspond à l'un de ces trois systèmes législatifs. Ces trois parties se succèderont dans l'ordre suivant :

Première partie : *le Droit romain.*

Deuxième partie : *l'ancien Droit français.*

Troisième partie : *le Droit actuel.*

PREMIÈRE PARTIE

LE DROIT ROMAIN.

---

33. — La possession n'a revêtu qu'assez tard dans le droit romain les caractères abstraits et scientifiques que nous venons de déterminer. Comme la science juridique tout entière, sa notion a émergé lentement et par degrés des solutions de la pratique (1). Son domaine a suivi la même évolution lente, graduelle et progressive. S'il est parvenu à atteindre ses limites rationnelles, ce ne peut être qu'à la suite d'extensions s'opérant au cours des âges, au fur et à mesure des développements du droit.

Nous allons essayer de rechercher si ces extensions se sont produites, en étudiant dans deux chapitres successifs : 1° le droit antérieur à l'époque classique ; 2° le droit classique et le droit postérieur.

(1) C'est ce qu'enseigne M. Petit dans la troisième édition de son *Traité élémentaire*, parue récemment et depuis que nous avons mis la dernière main à cette partie de notre travail. « La théorie de la possession s'est développée lentement, en droit romain, et plutôt sous l'influence des nécessités pratiques qu'en vertu d'une théorie nettement conçue. De là l'obscurité qui règne sur cette matière jusqu'à la fin de la République. » (*Tr. élém. de dr. rom.*, 3e éd., n° 163, p. 176.)

CHAPITRE PREMIER

LE DROIT ANTÉRIEUR A L'ÉPOQUE CLASSIQUE.

34. — Si l'on en croit le jurisconsulte Labéon, *possessio* vient de *sedes*. *Possessio appellata est, ut et Labeo ait, a sedibus quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit* (1). A l'origine, le mot *possessio* désignait le fait de s'asseoir, de se fixer, de s'établir quelque part, *sedes ponere*. Un tel établissement ne se conçoit guère que sur un immeuble. Les immeubles ont dû être les premiers objets susceptibles de possession.

35. — C'est, en effet, à leur occasion que la notion de la possession a pris naissance. Sous sa forme primitive, la *possessio* constituait un mode particulier d'exploitation des fonds de terre. De très bonne heure à Rome, les immeubles ruraux furent divisés en deux catégories : les uns, soumis au droit de propriété des particuliers, formaient l'*ager privatus*; les autres, très nombreux au début, mais dont le nombre et l'étendue allèrent sans cesse en décroissant, appartenaient à l'Etat et com-

(1) Paul : lib. 54, *ad Edict.*, D., *de acquir. vel amitt. poss.*, XLI, 2, 1, pr. — Un assez grand nombre de jurisconsultes modernes rejettent cette opinion de Labéon. Ils préfèrent admettre que *possessio* vient de *posse*. Cette étymologie, dont aucun texte des lois romaines ne contient la trace, nous paraît avoir été introduite sous l'influence des théories inexactes des Glossateurs et de Savigny, qui voient dans le pouvoir physique l'essence de la possession. Labéon, et Paul qui le cite, n'étaient-ils pas mieux à même que les jurisconsultes modernes de connaître l'étymologie du mot *possessio* ? Ajoutez que, par une coïncidence remarquable et qui vient à l'appui de notre opinion, le mot allemand *Besitz*, possession, a une étymologie certaine et analogue à celle que Paul et Labéon indiquent comme étant celle du mot *possessio*. Il vient en effet de *sitzen*, être assis.

posaient l'*ager publicus*. Les terres dépendant de ce dernier domaine étaient pour la plus grande partie, aux termes d'anciennes constitutions (1), abandonnées en jouissance aux citoyens romains.

Les modes d'abandon, variables avec la nature des fonds, n'affectaient pas moins de six formes différentes (2) présentant toutes ce caractère commun de ne jamais conférer au concessionnaire un droit de propriété absolu, de réserver à l'Etat un domaine éminent. Au nombre de ces modes d'abandon, s'en trouvait un tout spécial, applicable uniquement aux terres non cultivées, et désigné sous le nom de *possessio* (3). « Très anciennement, dit Appien, le Sénat avait promis à qui voudrait les défricher la jouissance des terres vaines et vagues appartenant à l'Etat, espérant ainsi suffire aux besoins des Romains maîtres de l'Italie et à ceux de la patiente et laborieuse race italique (4). » « Rien de plus simple que l'acquisition de ces droits de jouissance: on allait devant soi prenant par droit d'occupation tout ce qu'on croyait pouvoir cultiver (5). » Les terres ainsi appréhendées étaient désignées sous le nom d'*agri occupatorii*. Le seul fait de l'occupation donnait à l'occupant un droit *sui generis*, la *possessio*, qui lui conférait la faculté d'user de la chose à son gré, sous la seule condition de payer à l'Etat, en signe de reconnaissance du domaine éminent qu'il conservait, une redevance périodique, fixée par un édit, et appelée *vectigal*. Cette *possessio* de l'*ager publicus* est l'origine de la possession. La possession était, sous sa forme primitive, le droit d'usage conféré par l'Etat à un particulier sur un terrain en friches dé-

(1) Savigny : *op. cit.*, p. 179.

(2) Garsonnet : *Hist. des loc. perpét.*, p. 81.

(3) Garsonnet : *eod. op.*, p. 114. — Comp. Ed. Laboulaye : *Hist. du dr. de prop. fonc. en Occident*, liv. II, ch. III, pp. 74 et s.

(4) Appien : *De bell. civ.*, I, 7 (Didot, p. 287), cité par Garsonnet : *Hist. des loc. perpét.*, p. 114.

(5) Garsonnet : *eod. op.*, p. 114.

pendant de l'*ager publicus* (1). Son domaine se réduisait à l'*ager occupatorius*. L'*ager occupatorius* fut, au début, l'unique objet de la possession.

36. — Le droit d'usage né de l'occupation n'était pas reconnu par le droit civil ; aucune action n'appartenait au *possessor*. L'intérêt général exigeait cependant qu'on garantît aux possesseurs une jouissance paisible pour leur permettre d'entreprendre avec sécurité le défrichement, la mise en valeur et l'amélioration des terres occupées. Le préteur, remplissant ici son rôle de magistrat chargé de faire régner l'ordre et la paix dans la République en assurant à chacun le respect de ses droits, combla cette lacune du droit civil et suppléa au défaut d'action en accordant aux *possessores* la protection des interdits (2). « Nous ne trouvons nulle part, dit Savigny, de forme juridique spéciale pour cette possession de l'*ager publicus* conférée à des particuliers, possession qui se présentait cependant si souvent et jouait un rôle si important dans l'ancienne Rome.

(1) V. Festus, Vis *Possessio* et *Possessiones*. Par une confusion dont on trouve partout l'exemple dans les conceptions juridiques des vieux Romains, la *possessio*, fait de s'établir sur un fonds et droit acquis par suite de cet établissement, était, du reste, identifiée avec le fonds lui-même, de telle manière que le mot *possessio* désignait l'immeuble plutôt que le droit auquel il était soumis. Cf. Cuq : *Rech. sur la poss. à Rome*, n° 3, ap. *Nouv. Rev. hist. du dr.*, 1894, p. 7.

(2) D'après une conjecture fondée sur des textes nombreux empruntés aux sources les plus diverses, c'est, en effet, à l'occasion des *possessiones* de l'*ager publicus* que seraient nés les interdits. Voy Niebuhr : *Hist. Rom.*, t. III, pp. 191 et s., 200 et s.; — Savigny : *op. cit.*, pp. 179 et s.; — Ch. Giraud : *Rech. sur le dr. de propr. chez les Rom.*, liv. II, ch. 2, t. I, pp. 185 et s. ; — Alauzet : *Hist. de la poss. et des act. poss.*, p. 178. — Après être tombée pendant un certain temps en discrédit (Voy. Machelard : *Théor. gén. des int.*, pp. 37 et s.), cette théorie, qui nous paraît être l'expression de la vérité, semble aujourd'hui en voie de reprendre faveur. Elle est celle de M. J. Appleton : *op. cit.*, p. 96, et M. Cuq lui a consacré dans ses *Recherches sur la possession à Rome* une défense que M. Saleilles (*op. cit.*, *Rev. bourg.*, 1894, p. 403, n° 75) considère comme « des plus savantes et de nature à ébranler fortement les convictions opposées ». Comp. Cuq : *Les Instit. jurid. des Rom.*, p 483.

Et pourtant l'amour des Romains pour la légalité ne nous permet pas de douter que cette possession n'ait été reconnue en droit, et notamment que le possesseur n'ait été protégé contre les actes arbitraires qui auraient pu troubler sa possession (1). » La protection de l'interdit devint ainsi le trait caractéristique de la *possessio*. La *possessio* était essentiellement la relation de fait existant entre une personne et un fonds de terre dépendant de l'*ager publicus*, que le préteur protégeait au moyen de l'interdit. Grâce à l'interdit, le *possessor* de l'*ager publicus* se trouvait dans une situation très voisine de celle du *dominus* de l'*ager privatus*. Il pouvait faire respecter sa *possessio* par tout le monde excepté par l'Etat, à l'encontre duquel l'usucapion de la propriété quiritaire était prohibée (2) et qui conservait le droit de lui retirer arbitrairement sa concession. Mais c'est un droit dont il usait rarement, si bien qu'à la longue les *possessiones* devinrent difficiles à distinguer des propriétés privées avec lesquelles elles finirent par se confondre.

37. — Sous l'influence des nécessités pratiques, les interdits, applicables d'abord exclusivement aux *possessiones* de l'*ager publicus*, ne tardèrent pas, selon un procédé fréquent en droit romain, à être étendus à des situations variées pour lesquelles ils n'avaient pas été créés. L'extension la plus naturelle, et la première en date, selon toute vraisemblance, dut se produire pour les terres de l'*ager privatus* (3). L'action en revendication ne donnait pas une entière satisfaction à tous les besoins de la pratique. Suffisante quand le propriétaire avait été jeté hors de son fonds pour le lui faire recouvrer, elle ne permettait pas de faire cesser les simples troubles apportés à l'exercice de son droit. L'interdit se présentait comme un moyen commode

(1) Savigny : *op. cit.*, p. 179.
(2) Niebuhr : *Hist. rom.*, t. III, pp. 194-195.
(3) Savigny : *op. cit.*, p. 184, 5°. Sur la date de cette extension, voy. Cuq, *Instit. jurid. des Rom.*, p. 483, n° 4.

de remédier à cet inconvénient. D'autre part, même quand le propriétaire avait la ressource de l'action en revendication, il avait encore intérêt à recourir à l'interdit, qui lui procurait l'avantage d'une preuve plus facile en même temps que d'une procédure plus rapide que celle des actions de la loi (1). Ce qu'on protégeait ainsi, par le moyen de l'interdit, ce n'était plus la propriété, le *dominium*, mais la *possessio*, le simple fait de l'établissement à demeure sur le fonds, le simple usage de la chose. Par analogie avec la *possessio* primitive, dont le trait caractéristique était l'interdit, on disait du détenteur de l'*ager privatus* qui pouvait ainsi invoquer le bénéfice de l'interdit, qu'il avait la *possessio*, qu'il était un possesseur. L'interdit n'était pas un effet de la possession ; c'est son existence, au contraire, qui imprimait à une situation de fait le caractère possessoire. On ne jouissait pas de la protection de l'interdit parce qu'on était un possesseur ; on était un possesseur parce qu'on jouissait de la protection des interdits (2). Grâce à cette application extensive de l'interdit, la *possessio* acquit un objet nouveau. De l'*ager occupatorius*, elle étendit son domaine à l'*ager privatus* lui-même, et ainsi se trouva fondée la distinction, qui devait avoir une fortune singulière, de la propriété et de la possession.

38. — Mais l'utilité de recourir à l'interdit ne se manifestait pas seulement à propos des fonds de terre. Le besoin s'en faisait sentir avec une égale force pour les immeubles bâtis. Sous l'empire des mêmes nécessités pratiques, le préteur leur accorda la protection de l'interdit. Pour les immeubles bâtis comme pour les fonds de terre, la simple jouissance fut distinguée de la propriété, et la *possessio* y devint applicable. De l'*ager occu-*

(1) Cf. Machelard : *op. cit.*, p. 38. Ajoutez à ces deux causes la difficulté qu'il y eut, à la longue, à distinguer les *agri privati* des *possessiones*. V. Garsonnet : *Hist. des loc. perpét.*, p. 117.

(2) J. Appleton : *Essai sur le fond. de la prot. poss.*, p. 99.

patorius et de l'*ager privatus* elle passa aux *ædes*. Elle embrassa dans son domaine l'ensemble des immeubles urbains et ruraux dont la jouissance était garantie aux particuliers par la voie de l'interdit (1).

39. — La *possessio* et le *dominium* conféraient au possesseur et au propriétaire un droit de jouissance exclusive sur les immeubles qui s'y trouvaient soumis. Cependant, pour des raisons d'utilité pratique, les Romains furent, dès le principe, amenés à restreindre ce droit exclusif et à conférer à des tiers une partie des avantages attachés au *dominium* ou à la *possessio*. Ces avantages furent les *jura in re aliena*, auxquels on a donné, dans le droit postérieur, le nom de servitudes. Dans le droit ancien, ces servitudes étaient au nombre de quatre pour la propriété rurale. Une seulement existait pour les immeubles urbains (2). C'étaient les droits de puisage (*aqua*), d'aqueduc (*rivus*), de passage (*iter*, *actus*, *via*), et d'égout (*cloaca*), ce dernier commun aux fonds de terre et aux édifices.

Ces servitudes durent être, dès le début, susceptibles de possession. C'est un point qui paraît incontestable, car il est certain que ces droits réels, au même titre que le *dominium* lui-même, pouvaient s'acquérir par l'usucapion (3). D'autre part, il semble que, dès avant l'époque classique, ils bénéficiaient de la protection des interdits (4). Cela peut paraître étrange à une époque où la possession consistait, selon l'étymologie de Labéon, dans le fait de se fixer sur un immeuble. La servitude n'exige pas un établissement à demeure sur un fonds de terre ; elle se manifeste par des actes intermittents.

(1) Aussi le jurisconsulte Ælius Gallus définit-il la *possessio* : *usus agri aut ædificii*. V. Festus : V° *Possessio* et Cuq : *Rech. sur la poss. à Rome*, n° 9, *Nouv. Rev. hist.*, 1894, p. 15.

(2) Cuq : *Les Instit. jurid. des Rom.*, pp. 270 et s.

(3) Peut-être cependant, ainsi que nous le disons plus bas à propos des meubles, fallait-il distinguer dans le droit primitif l'*usus* de la *possessio*.

(4) Cuq : *Les Instit. jurid. des Rom.*, pp. 271 et s.

Comment comprendre que, dès cette époque, les Romains aient pu admettre la possession d'une chose à laquelle il semble que leur conception possessoire primitive fût inapplicable?

L'explication est fort simple, si l'on songe qu'au début le droit n'était pas distinct de la chose qui s'y trouvait soumise, mais s'identifiait avec elle. A l'instar de la propriété, la servitude, que l'on envisagea plus tard comme un *jus in re aliena*, était confondue avec son objet. A l'instar de la propriété, elle était considérée comme une chose corporelle ; ou plutôt elle n'était qu'une forme de la propriété ; la notion de la servitude, *res incorporalis quæ in jure consistit*, restait à dégager. On était propriétaire de l'eau, de l'aqueduc, de l'égout, du passage (1). Cette idée trouve sa justification dans ce fait que les servitudes grevant les *prædia in Italico solo*, créées les premières selon toute apparence, étaient rangées parmi les *res mancipi* (2). Elles pouvaient s'acquérir par la *mancipatio*, mode solennel dont la formalité essentielle consistait à saisir à la main la chose dont on voulait transférer la propriété (3). Or, il est bien évident qu'on ne peut saisir un simple *jus*, une chose incorporelle. Il est remarquable, en outre, qu'à l'époque classique, les premières servitudes étaient les seules dont l'exercice fût protégé par des interdits spéciaux, individualisés et portant le nom de la servitude à laquelle ils étaient applicables. Pour celles de création plus récente, au contraire, il n'existait qu'un interdit général, sans nom particulier, et applicable à toutes les circonstances où l'interdit spécial faisait défaut. — Ces deux considérations montrent bien que, dès l'ancien droit, les servitudes — celles au moins dont nous avons donné tout à l'heure l'énumération, — étaient susceptibles d'être possédées.

(1) Cuq : *Les Inst. jurid. des Rom.*, p. 272.

(2) Ulp., XIX, 1. Ce texte cependant ne mentionne pas la *cloaca* parmi les *res mancipi*.

(3) Gaius, I, 121 : *mancipatio dicitur, quia manu res capitur*.

Elles étaient protégées par l'interdit et soumises à la possession en qualité d'objets matériels.

40. — Essentiellement caractérisée par l'interdit, la possession recevait donc, dès l'ancien droit, une large application. Elle embrassait dans son domaine la propriété et les servitudes, tous droits immobiliers qui se confondaient alors avec leur objet.

41. — Ce domaine embrassa-t-il également dans son étendue les objets mobiliers ?

La loi des XII Tables, consacrant en cela sans doute un usage ancien, admettait l'usucapion des meubles. Et l'on sait que la possession, telle que nous la concevons aujourd'hui, a été de tout temps la condition essentielle de l'usucapion. Il semble permis d'en conclure que la possession des meubles fut admise de bonne heure. Peut-être cependant fallait-il distinguer, au début, l'*usus* de la *possessio* (1). D'une part, en effet, — le texte de Labéon le prouve, — l'essence de la *possessio* primitive a consisté dans le fait de s'établir à demeure quelque part. On conçoit difficilement, nous l'avons déjà remarqué, que la possession ainsi entendue ait pu s'appliquer aux meubles. D'autre part, l'interdit, créé exprès pour la *possessio* de l'*ager publicus*, était, à l'origine, le trait caractéristique et distinctif de l'idée de possession. On était un possesseur quand on jouissait de la

(1) Cette conjecture, en dehors du mot même d'*usucapio*, nous paraît reposer sur des données sérieuses. Il est remarquable que les textes antérieurs à l'époque classique ne parlent pas de la *possessio* en matière d'usucapion, mais bien d'*usus* ou d'*auctoritas*. Loi des XII Tables : *usus auctoritas fundi biennium, cæterarum rerum omnium annuus est usus* (Girard : *Textes de dr*. D., p. 14, tab. VI, n. 3). Cicéron : *Topiques*, 4 : *Auctoritas fundi biennium est* ; *Pro Cæcina*, 19 : *Lex usum et auctoritatem fundi jubet esse biennium*. *Lex* désigne ici la loi des XII Tables. De même, l'*usus* était un mode d'acquisition de la *manus* (Gaius, § 111). Il n'y a cependant dans cet *usus* rien qui corresponde à l'étymologie donnée par Labéon. Comp. Cuq : *Les Instit. jur. des Rom.*, p. 483. Ajoutez enfin à tout cela que la *possessio* primitive ne pouvait conduire à l'usucapion, l'*ager publicus* étant imprescriptible.

protection de l'interdit. Les meubles, d'après cela, n'ont dû, en bonne logique, être susceptibles de possession que le jour où leur jouissance a été garantie en elle-même par l'interdit Et c'est à partir de ce moment qu'on a fini par confondre la *possessio* et l'*usus*. Or, d'après les sources, la protection de l'interdit aurait été accordée à l'usage des meubles bien après les XII Tables. La première mention d'un interdit qui ne se réfère pas aux immeubles se trouve dans Plaute (1). Le comique latin signale son application à propos d'un esclave (2). Et c'est seulement à l'époque classique, avec Pétrone, que nous trouvons un texte parlant d'un interdit applicable aux meubles autres que les esclaves (3). C'est donc entre l'époque de Plaute et celle de Pétrone que l'interdit se serait étendu aux meubles en général, sans qu'on puisse préciser à quel moment exact cette extension eut lieu. De ces diverses considérations nous tirons cette conséquence que si, dès avant l'époque classique, la possession, caractérisée par l'interdit, a eu pour objet les meubles en général, ce n'est néanmoins qu'assez tard.

42. — Au cours de la période que nous étudions, la possession a-t-elle pu s'appliquer à un ensemble d'objets envisagés, non plus individuellement, mais comme formant une universa-

(1) *Stich.*, V. 4, 14 ; cité par M. Cuq : *Rech. sur la poss. à Rome*, n° 9, *Nouv. Rev. hist.*, 1894, p. 15.

(2) Le droit ancien n'établissant pas de différence de nature entre les diverses puissances que le *paterfamilias* exerçait sur les personnes faisant partie de sa maison (Cuq : *Les Inst. jurid. des Rom.*, p. 172), il est probable que l'interdit lui appartenait aussi pour les individus qu'il avait *in mancipio*, pour les enfants soumis à sa *patria potestas* et pour la femme *in manu*. Ainsi s'explique parfaitement ce texte de Gaius auquel nous avons renvoyé *suprà*, page 41, note 1 (G. I, § 111) : *Usu in manum conveniebat quæ anno continuo nupta perseverabat*; *quia enim veluti annua possessione usu capiebatur*, *in familiam viri transibat filiaeque locum obtinebat.* — A l'époque classique, il existait aussi des interdits *de liberis exhibendis* et *de liberis ducendis* ; mais ce n'étaient pas des interdits possessoires.

(3) Pétrone : *Sat.* 13, cité par M. Cuq : *Rech. sur la poss. à Rome*, n° 9, *Nouv. Rev. hist.*, 1894, p. 15.

lité juridique, distincte des choses qui entraient dans sa composition? Cette question est soulevée d'elle-même par l'existence, bien antérieure à l'époque classique, de deux institutions juridiques particulières aux Romains : l'usucapion *pro herede* et la *bonorum possessio*.

43. — L'usucapion *pro herede* permettait au premier venu d'acquérir, par une année de possession, la qualité d'héritier d'une personne à la succession de laquelle il n'avait aucune vocation légale. D'après nos principes modernes, où la règle est que l'on usucape ce que l'on a possédé et rien de plus (*quantum possessum, tantum præscriptum*), une telle institution prouverait d'une manière très nette que l'hérédité, envisagée comme droit indépendant des choses particulières qui la composent, comme universalité juridique, peut être l'objet de la possession. Est-on autorisé à conclure de la même manière pour le droit romain?

La réponse ne saurait être douteuse. L'existence de l'usucapion *pro herede* n'implique pas que l'universalité juridique qui constitue l'hérédité, considérée comme chose incorporelle, ait jamais été, dans l'ancien droit romain, susceptible de possession. Il existe sur ce point un passage de Gaius qui permet de donner à cette question une solution certaine (1). Ce passage dit en termes exprès que « la possession des choses héréditaires était considérée autrefois comme entrainant l'usucapion de l'hérédité elle-même, *olim rerum hereditariarum possessione velut ipsæ hereditates usucapi credebantur* ». Il n'y avait donc pas, au début, corrélation entière, correspondance parfaite, entre la chose acquise par l'usucapion et la chose possédée, à moins que l'hérédité, à l'exemple du *dominium*, de la *possessio* primitive et des servitudes, ne fût confondue et identifiée avec son objet (2). Ce que l'on sera porté à regarder comme l'expression

(1) Gaius, II, § 54.

(2) *Sic* : May : *Elém. de dr. rom.*, n° 77 *in fine*, p. 148. Comp. Muirhead : *Introd. au dr. privé de Rome*, p. 232.

de la vérité, si l'on remarque que, plus tard, à l'époque classique, où il est certain que l'hérédité est distincte des choses qui entrent dans sa composition, l'usucapion *pro herede* ne fit plus acquérir la qualité d'héritier, mais simplement la chose possédée, jusqu'au jour où elle disparut complètement de la législation romaine (1).

44.— La solution que nous venons de donner pour l'usucapion *pro herede* doit être également donnée pour la *bonorum possessio*. A l'époque classique, cette institution formait tout un système successoral créé par le préteur dans le but de confirmer, de compléter ou de corriger le système successoral du droit civil. La *bonorum possessio* était l'hérédité du droit prétorien (2). De même que l'hérédité du droit civil, elle constituait une universalité juridique, une chose incorporelle. Mais elle n'eut pas, dès le début, ce caractère. Elle n'eut pas pour objet, dès sa naissance, l'hérédité elle-même; elle s'appliquait seulement aux choses corporelles dépendant de la succession (3). Le *bonorum possessor* avait, pour contraindre ceux qui les détenaient à les remettre entre ses mains, un interdit spécial : l'interdit *quorum bonorum*. C'est à cet interdit que l'institution prétorienne dut d'être désignée sous le nom de *bonorum possessio*, toute situation protégée par l'interdit constituant, à l'origine, une *possessio*. Dans la suite, l'institution, avec les progrès du droit, changea de caractère, mais elle conserva son nom.

45.— Ni l'usucapion *pro herede*, ni la *bonorum possessio* ne permettent de dire qu'à l'époque où nous nous plaçons, les Romains aient envisagé l'hérédité, en tant que chose incorporelle, comme susceptible de possession. Pendant tout l'ancien droit

(1) Gaius, II, § 57 ; — Petit : *Tr. élém. de dr. rom.*, n° 208, pp. 213 et s.

(2) V. la définition qu'en donne Ulpien, lib. 39 *ad Edict.*, D., *De bon. poss.*, XXXVII, 1, 3, 1 et 2.

(3) Cuq : *Les Instit. jurid. des Rom.*, p. 531. A moins, ainsi que nous l'avons dit, que l'hérédité ne fût identifiée avec les choses corporelles entrant dans sa composition.

romain la possession n'a eu pour objet que des *corpora*; elle ne s'est pas étendue aux droits. Sa notion n'avait alors rien de scientifique. Le mot *possessio* désignait simplement, sous une expression unique, l'ensemble des situations de fait où une personne pouvait invoquer la protection des interdits (1).

46. — C'est par cette idée que s'explique la situation faite par le droit romain au précariste, à l'emphytéote et au gagiste. Ces divers détenteurs ne réunissaient pas les deux éléments que la théorie régnante considère comme constitutifs de la possession. Ils avaient bien le *corpus*; mais il leur manquait l'*animus domini*. Le titre et la cause de leur détention, qu'ils étaient impuissants à changer (2), impliquaient la reconnaissance de la propriété d'autrui. Ils jouissaient cependant de la protection des interdits et les textes leur donnent la qualification de possesseurs. D'où vient cette anomalie?

Les romanistes qui veulent réduire la théorie possessoire tout entière en un système logique se sont mis l'esprit à la torture pour concilier cette solution avec la doctrine de l'*animus domini*. C'est pour y parvenir que Savigny a imaginé son hypothèse demeurée célèbre de la possession dérivée (3). Il n'était pas besoin de recourir à des considérations si savantes ni si compliquées. Notre opinion explique d'elle-même, avec une pleine clarté, sans effort, d'une manière toute naturelle et très conforme à la raison, cette apparente énigme juridique.

47.— Pour le précariste d'abord, rien n'est plus simple. Le *rogans*, qui avait reçu la chose à titre de précaire, n'acquérait sur elle aucun droit reconnu par le droit civil. Le *rogatus*, con-

(1) Appleton : *op. cit.*, p. 98 : « La possession n'est pas une construction juridique abstraite, édifiée de toutes pièces par les Romains... Elle ne s'est formée que pour réunir en un même mot tous les cas où une détention de fait était protégée par le préteur. »

(2) Paul, lib. 54 *ad Edict.*, D.,*de acq. vel amitt. poss.*, XLI, 2, 3, 19 : *Illud a veteribus præceptum est, neminem sibi ipsum causam possessionis mutare posse.*

(3) Savigny : *op. cit.*, pp. 265 à 287.

cédant, restait propriétaire ; il pouvait révoquer la concession à son gré ; il n'était lié envers le *rogans* par aucun rapport contractuel. La situation du *rogans* vis-à-vis du *rogatus* était identiquement celle du *possessor* de l'*ager publicus* vis-à-vis de l'Etat (1). Les raisons d'utilité pratique qui avaient fait accorder au *possessor* la protection des interdits déterminèrent le préteur à faire bénéficier le *rogans* de la même protection. La nécessité sociale étant la même dans les deux cas, rien n'était plus naturel que de lui donner satisfaction par la même mesure. Et comme on appelait possesseurs les personnes qui avaient les interdits possessoires, on en conclut que le précariste était un possesseur (2).

48.— Il faut en dire autant de l'emphytéote. Le bail à long terme qui prit, au Bas-Empire (3), le nom d'emphytéose exista de bonne heure dans le droit romain sous le nom de *jus in agro vectigali* (4). Il constituait le mode normal d'exploitation des fonds de terre appartenant aux cités et aux *universitates* en général, et présentait avec la *possessio* de l'*ager publicus* la plus grande analogie (5). La même raison d'utilité pratique fit accorder la protection des interdits à l'emphytéote, qui devint ainsi un possesseur dont la possession avait pour objet l'*ager vectigalis*.

49.— Pour le gagiste enfin, la qualité de possesseur s'explique avec la même simplicité. La forme primitive de l'affectation d'une chose au paiement d'une obligation fut la fiducie, qui avait pour trait caractéristique l'aliénation par le débiteur au

(1) Le *possessor* ne pouvait jamais prescrire la propriété contre l'Etat ; le *rogans* ne peut non plus prescrire contre le *rogatus*.

(2) Appleton : *op. cit.*, p. 98.

(3) C. *de jur. emphyt.*,V, 66 ; — *Instit.*, III, 24, 3.

(4) Accarias : *Précis*, n° 283 *bis*, t. I, p. 726 ; — Garsonnet : *Hist. des loc. perpét.*, pp. 106 et s.

(5) Savigny : *op. cit.*, p. 183-4° ; — Appleton : *op. cit.*, p. 96 ; — Maynz : *op. cit.*, t. I, p. 862, § 147, n° 3.

(6) *Sic* : Appleton : *op. cit.*, pp. 95 à 97.

profit du créancier de la chose donnée en garantie. Le créancier devenait propriétaire de cette chose. Nous avons vu comment le propriétaire d'une chose avait le bénéfice des interdits. Qu'il fût devenu propriétaire après avoir acquis la qualité de créancier et à raison de cette qualité ou à un autre titre, peu importait. Plus tard, quand, avec les progrès du droit, le *pignus*, qui n'exigeait plus que la simple remise de la chose sans transfert de propriété, se fut substitué à la fiducie, le gagiste conserva le bénéfice des interdits et, par suite, la qualité de possesseur, bien que sa situation se fût modifiée et que la notion toute pratique de la possession existant à l'époque que nous étudions eût été remplacée par une notion absolument différente.

50. — A la fin de cette période, en effet, un premier essai d'élaboration scientifique fut tenté par les jurisconsultes. Ils analysèrent la notion de la possession. Cette analyse première fut nécessairement superficielle. Les jurisconsultes de ces temps furent dupes des apparences. Frappés surtout de ce que les situations diverses qu'on désignait sous le nom de *possessio* supposaient toutes un rapport d'appréhension entre une personne et un objet matériel, ils virent, selon toute vraisemblance, dans la possession le fait d'avoir une chose en son pouvoir, la détention d'une chose, la mainmise actuelle sur un objet, le *corpus* des Glossateurs (1). Ils ne dégagèrent pas la notion d'extériorité du droit qui fut celle de l'époque classique. Ainsi caractérisée, la possession ne pouvait s'appliquer, Savigny le dit avec raison (2), qu'à des choses corporelles. Elle ne pouvait avoir pour objet que des *corpora*.

51. — Cette notion possessoire nouvelle n'eut pas pour résultat de restreindre l'application des interdits ; ceux-ci devenaient de plus en plus un moyen général de combler les lacunes

(1) Saleilles : *op. cit.*, n° 7, *Rev. bourg.*, 1893, pp. 129 et 130.
(2) Savigny : *op. cit.*, p. 172.

du droit civil ; ils furent conservés partout où ils existaient déjà ; mais elle exerça sur le domaine de la possession une influence pratique ; elle aboutit à en restreindre l'étendue. Vers la même époque s'introduisait la division des choses, inconnue jusque-là, en corporelles et incorporelles. Les servitudes qui s'identifiaient, à l'origine, avec le fonds assujetti et constituaient des *corpora*, devinrent distinctes de ce fonds et formèrent dorénavant des *jura*. Elles furent rangées dans la catégorie des choses incorporelles. L'usucapion des servitudes, permise d'abord, fut prohibée par la loi *Scribonia* (1). Cette suppression était logique. Les servitudes, considérées désormais comme des droits, devenaient insusceptibles de possession. A la suite de la loi *Scribonia*, le domaine de la possession se trouvait réduit aux objets matériels, meubles et immeubles, dont la jouissance était garantie aux particuliers par la voie de l'interdit.

Cette loi *Scribonia* met en relief d'une manière lumineuse l'idée que les Romains se faisaient de l'objet de la possession dans le droit antérieur à l'époque classique. Ils ont toujours considéré qu'elle s'appliquait à des choses, non à des droits. Toute la théorie de l'objet de la possession, au cours de cette période, se résume dans cette idée, qu'exprime encore à l'époque classique le jurisconsulte Paul : ***Possideri possunt quæ sunt corporalia*** (2).

(1) La date précise de cette loi n'est pas connue ; mais il est certain qu'elle est postérieure à Cicéron. Voy. Cuq : *Les Instit. jurid. des Rom.*, p. 273 et Paul, lib. 54 *ad Edict.*, D., *de usurp. et usuc.*, XLI, 3, 4, 29.

(2) Paul, lib. 54 *ad Edict.*, D., *de acquir. vel amitt. poss.*, XLI, 2, 3, pr.

CHAPITRE II

L'ÉPOQUE CLASSIQUE ET LE DROIT POSTÉRIEUR.

52. — A l'époque classique, les jurisconsultes poursuivent l'élaboration scientifique ébauchée à la fin de la période précédente. Le préteur, de son côté, s'inspirant des besoins de la vie sociale, continue à suppléer à l'insuffisance du droit civil. Sous la double influence des prudents et des magistrats, l'idée de la possession, d'abord étroite et particulière, s'élargit et se précise à la fois. Elle n'est plus dans son essence une relation de fait entre une personne et un objet matériel protégée par les interdits. Il s'introduit une division de ce mode de sanction des droits. Les uns demeurent le trait caractéristique de certaines possessions ; ils se reconnaissent à ce qu'ils ne constituent pas des décisions définitives sur le fond des procès, à ce qu'ils laissent subsister après eux une difficulté qui devra être tranchée par voie d'action ; ce sont les interdits possessoires. Les autres ont une nature tout à fait différente ; ils tranchent d'une manière absolue et complète le différend des parties ; ils sont des moyens pétitoires (1) ; ils n'ont rien de commun avec la possession et leur existence ne prouve rien, ni contre elle, ni en sa faveur. Avec cette physionomie nouvelle, et après avoir été peut-être, ainsi que le pensait Savigny, une possibilité immédiate de mainmise sur une chose (2), la possession devient la notion scientifique, universelle, applicable à tous les systèmes de législation, qu'Ihering a caractérisée

(1) Girard : *Manuel*, p. 1017.
(2) Saleilles : *op. cit.*, n° 7, *Rev. bourg.*, 1893, p. 129.

avec une merveilleuse justesse en définissant la possession « l'extériorité du droit ». Elle ne consiste plus dans le fait de soumettre une chose à son pouvoir physique ; elle est la jouissance ou l'exercice d'un droit se manifestant par des actes visibles. Elle se dématérialise pour ainsi dire. Si elle a encore pour objet des choses, elle s'applique également aux droits. Elle arrive, ainsi généralisée et étendue, à embrasser dans son domaine, non pas seulement comme à l'époque précédente, les choses corporelles mobilières et immobilières, mais encore les servitudes et l'état des personnes, peut-être même les créances. C'est ce que nous allons essayer d'établir en examinant successivement sous quatre sections différentes :

I. — Les choses corporelles ;
II. — Les *jura in re aliena* ;
III. — L'état des personnes ;
IV. — Les créances.

SECTION I. — **Les choses corporelles.**

53. — Les choses corporelles, étant celles à l'occasion desquelles est née la possession, en sont demeurées pendant tout le droit romain l'objet par excellence. Même après avoir admis la possession des droits, les jurisconsultes romains, continuant à confondre, au moins dans leur langage, la propriété avec son objet (1), ont considéré que la possession, envisagée comme l'exercice du droit de propriété, ne s'applique pas au droit, mais à la chose qui s'y trouve soumise. C'est l'idée contenue dans le texte de Paul que nous citions en terminant notre pre-

(1) Accarias : *op. cit.*, n° 194, t. I, pp. 496 et 497. Nous disons « au moins dans leur langage », car il semble, par certains passages des textes, et notamment par le titre *de adquirendo rerum dominio*, qu'ils se soient rendu compte de cette confusion.

mier chapitre : *possideri possunt quæ sunt corporalia*. Nous emploierons nous-même le langage des jurisconsultes romains mais en faisant remarquer, ainsi que nous l'avons établi au cours de notre introduction, que, rationnellement, c'est le droit qu'on possède et non point la chose qui en fait la matière.

54. — Les choses qui existent *in rerum natura* sont divisées par les commentateurs en deux catégories : les unes, soumises au droit de propriété des particuliers, forment les *res in commercio*; les autres, insusceptibles d'appropriation privée, se trouvent placées *extra commercium* (1). Toutes ces choses pouvaient-elles, à l'époque classique et dans le droit postérieur, être les unes et les autres l'objet de la possession ? Ne doit-on faire entre elles aucune distinction ?

Il est certain d'abord que la possession s'appliquait à toutes les choses mobilières et immobilières sur lesquelles un particulier pouvait avoir le *dominium*, l'*in bonis* ou la *proprietas*.

L'usucapion, en effet, était un mode d'acquisition du *dominium* applicable à toutes les choses sur lesquelles ce droit pouvait exister. L'*in bonis*, de son côté, était toujours susceptible d'être transformé par une possession prolongée en propriété quiritaire (2). La possession, condition indispensable de l'usucapion, s'appliquait donc à tous les immeubles, situés en sol italique, et à tous les objets mobiliers, où qu'ils fussent situés, qui entraient dans le patrimoine des particuliers. Quant aux fonds provinciaux, bien qu'ils fussent la propriété de l'Etat, les particuliers en retiraient, en fait, tous les avantages que procurait le *dominium*. Ils avaient sur eux un droit de jouissance assez mal défini, qualifié par Gaius du nom de *possessio et ususfructus* (3), pour lequel on finit par créer le mot spécial de

(1) Accarias : *Précis*, 2e partie, V, nos 197 et 198, t. I, pp. 501 et s.

(2) Pourvu, bien entendu, que les autres conditions requises pour conduire à l'usucapion, se trouvassent exister concurremment à la possession.

(3) Gaius, II, § 7.

proprietas, et qui présentait avec les *possessiones* primitives de l'*ager publicus* une grande analogie. Ces fonds étaient, comme tels, susceptibles d'une possession véritable, protégée par les interdits et qui, si elle réunissait les conditions établies par le préteur, permettait d'invoquer le bénéfice de la *præscriptio longi temporis* (1). — En somme, à l'époque classique, la possession embrassait sans aucun doute dans son domaine toutes les choses corporelles, mobilières et immobilières, qui se trouvaient *in commercio*.

55. — Mais doit-on étendre en dehors de ces limites le domaine de la possession? — D'après M. Accarias, la possession nous étant présentée comme l'exercice du droit de propriété, « il suit de là qu'elle s'applique seulement aux choses susceptibles de propriété (*dominium* ou *proprietas*) (2) ». Cette proposition contient implicitement cette autre : « on ne possède pas, dit M. Accarias, les *res extra commercium*; je veux dire que celui qui, par exemple, détenant une chose sacrée ou une chose du domaine public, se comporterait en maître à son égard, n'aurait pas néanmoins et n'acquerrait jamais aucun des droits attachés à la possession (L. 1, § 20, l. 30, § 1, D., *de acq. vel amitt. poss.*) (2) ».

A l'appui de son opinion, M. Accarias cite deux textes de Paul, empruntés aux commentaires de ce jurisconsulte sur l'Edit et sur Sabinus.

Le premier de ces textes (3) dispose qu'on ne peut posséder ni le *forum* ni la *basilica*, ni les autres choses semblables, parce que l'usage en est commun à tous. Le second (4) décide que le

(1) Petit : *op. cit.*, n° 210, pp. 216-217.

(2) Accarias : *Précis*, n° 218, t. I, p. 550; — Doneau : *Comment. de jure civili*, L. XV, cap. 37, p. 814, 50 b : *In res quæ commerciis hominum exemtae sunt, neque possessio cadit, neque privata detentio*. Cf. Namur, *Cours d'Instit.*, § 119, t. I, p. 160.

(3) Paul, lib. 54 *ad Edict.*, D., *de acq. vel amitt. poss.*, XLI, 2. 1, 22.

(4) Paul, lib. 15 *ad Sabin.*, D., *de acq. vel amitt. poss.*, XLI, 2, 30, 1.

fait d'inhumer un mort dans un lieu que l'on possède en fait perdre la possession, « parce que nous ne pouvons posséder un *locum religiosum aut sacrum*, alors même que nous le détenons comme chose nous appartenant en propre » ; et le texte ajoute : « il en est de même de l'homme libre (1) ».

56. — Cette solution de M. Accarias est également celle d'Ihering. La possession, étant l'extériorité de la propriété, ne peut exister, selon le jurisconsulte allemand, que là où la propriété est possible. « Les limites de la possibilité pour la propriété sont aussi celles de la possession ; possession et propriété sont parfaitement parallèles ; là où il n'y a point de propriété, il n'y a point non plus de possession (2). »

57. — Cette théorie est très conforme à la notion de la possession que nous avons admise. Elle est en même temps très logique et très juridique. Pour nous, qui avons posé en principe que la possession a pour objet des droits et non des choses, il ne peut y avoir possession à l'occasion d'objets matériels sur lesquels l'homme ne saurait être titulaire d'aucun droit exclusif. Pourtant, les deux textes précités ne nous semblent pas permettre de donner à la question que nous examinons une réponse aussi catégorique. On a fait bien des fois, à propos des jurisconsul-

(1) *Adde* : Paul, lib. 54 *ad Edict.*, D., *eod. tit.*, 1, 6. — Les particuliers pouvaient, à l'occasion des *loca sacra* et des *loca religiosa*, invoquer la protection d'interdits spéciaux (*ne quid in loco publico, ne quid in loco sacro fiat*; *de mortuo inferendo*; *de sepulchro ædificando*, etc.) ; mais ces interdits rentraient dans la catégorie de ceux qui mettent fin à tout débat d'une manière absolue : ce n'étaient pas, en d'autres termes, des interdits *possessoires* ; ils ne prouvent donc rien en faveur de la possibilité de posséder ces choses. Voyez sur cette division des interdits, *suprà*, p.26, note 1. Sur les *res religiosæ*, le *jus sepulchri* qui s'y rattachait, et la nature des interdits au moyen desquels il était protégé : voy. Fayout : *Du jus sepulchri*, thèse, Paris, Derenne, 1884, p. 171 ; — Bonduel : *Des res religiosæ et du jus sepulchri*, th. (fac. de Caen), Lille, Ducoulombier, 1886, pp. 75 et 78 : — Benoît : *Du jus sepulchri à Rome*, th., Nancy, Crépin-Leblond, 1890, p. 152.

(2) *Fond. des int. possess.*, pp. 128 et 129.

tes romains, cette juste remarque qu'ils n'ont pas l'esprit généralisateur. Ils ne se sont pas attachés à édifier sur chaque partie du droit une théorie d'ensemble. Ils n'ont point entrepris notamment de donner à cette question : quelles choses sont susceptibles d'être possédées ? une solution de principe. Ils ne se sont prononcés que sur des cas particuliers, très rares dans les textes qui nous sont parvenus, en s'inspirant, dans chaque espèce, de la justice d'abord et ensuite de l'intérêt pratique qu'il pouvait y avoir à adopter telle solution plutôt que telle autre. Comme le préteur lui-même en présence des litiges qui amenaient les parties à son tribunal, ils ne se demandaient pas : les éléments abstraits de la possession se rencontrent-ils dans cette affaire ? mais : est-il juste et utile de considérer le rapport de fait qui existe entre telle personne et tel objet matériel comme un rapport possessoire (1) ? Si l'utilité pratique, d'accord d'ailleurs avec l'équité, l'exigeait, ils n'hésitaient pas à l'admettre, sans rechercher si leur solution se trouvait d'accord avec les principes juridiques, sauf à créer ensuite une fiction, pour donner de leur solution une explication rationnelle (2).

58. — Les Institutes de Justinien, consacrant selon toute vraisemblance une solution admise dès l'époque classique, contiennent une application particulière de cette idée. Le second des textes de Paul que nous citons plus haut décide que l'homme libre est insusceptible de possession. Il en résulte qu'en aucun cas le fait d'avoir exercé sur un homme libre les actes constitutifs de

(1) Appleton : *op. cit.*, p. 95, après avoir expliqué que c'est uniquement pour des motifs d'utilité pratique, qu'on a accordé l'interdit au gagiste et au précariste, conclut ainsi : « Toute la théorie de la possession est là : on protège un état de fait parce qu'il est utile, et d'ailleurs juste de le protéger. Là où l'utilité pratique disparaîtra, la protection disparaîtra aussi. »

(2) N'est-ce pas ainsi que se sont introduits le *postliminium*, la *querela inofficiosi testamenti*, le bénéfice de cession d'actions et bien d'autres ? C'est toujours l'idée de but.

la puissance dominicale ne peut être générateur de conséquences juridiques. Cela est vrai comme règle générale. Cependant, sous l'influence des nécessités pratiques, l'on a été conduit à admettre le contraire. Le titre IX du livre II des Institutes de Justinien (*per quas personas nobis acquiritur*) dispose que « nous acquérons non seulement par nous-mêmes, mais encore par ceux que nous avons en notre puissance », et parmi eux le texte cite « les hommes libres et les esclaves d'autrui que nous *possédons* de bonne foi. *Adquiritur nobis non solum per nosmetipsos, sed etiam per eos quos in potestate habemus ;... item per homines liberos et servos alienos, quos bona fide* POSSIDEMUS ». Il y a là, à notre avis, un véritable cas de possession. Il est impossible, en effet, si l'on refuse de l'admettre, d'expliquer comment les choses acquises par l'homme libre pendant qu'il se trouvait, en fait, soumis à la puissance d'un tiers, sont devenues la propriété de ce tiers. Ce résultat n'est explicable que si le tiers est *propriétaire* ou *possesseur* de l'homme libre. Or, il est certain qu'aucun droit de propriété ne saurait ici appartenir au détenteur, l'homme libre étant *extra commercium*. L'effet juridique que la loi attache néanmoins au rapport de maître à esclave qui, dans la réalité, a existé entre l'homme libre et son détenteur, ne peut donc s'expliquer que par l'idée de possession.

59. — Sur quoi se fonde-t-on pour contester cette solution ? La raison qu'on invoque, c'est que « ce fait ne constitue pas une possession protégée par les interdits (1) ». C'est une application de l'idée, émise par Savigny et acceptée par ses disciples, d'après laquelle l'interdit, étant un effet nécessaire de la possession, là où il n'y a pas interdit, il ne saurait y avoir possession. Ce raisonnement serait, sans nul doute, exact, s'il était démontré que la protection de l'interdit est de l'essence de la posses-

(1) Accarias : *Précis*, t. I, p. 551, note 1.

sion. Il en était ainsi à l'origine, où l'on appelait possesseurs les personnes qui jouissaient du bénéfice des interdits. A l'époque classique et dans le droit postérieur, cette notion de la possession n'est plus exacte. La possession consiste dans l'extériorité du droit. Cette extériorité existe ici. Elle entraîne une conséquence juridique que l'idée de possession seule peut expliquer. Comment admettre qu'elle ne revête pas un caractère possessoire (1) ?

Le texte emploie lui-même, d'ailleurs, l'expression *possidere*. C'est en vain qu'on réplique que le mot *possidere* n'est pas pris ici dans son sens technique. A quel critérium a-t-on recours pour déterminer dans quel cas ce mot est pris ou non dans son sens technique ? Une telle objection est d'autant moins sérieuse que le verbe *possidemus* a un double complément : *homines liberos*, d'une part, et *servos alienos*, d'autre part. Pour ce dernier *possidere* serait pris dans son acception scientifique, les esclaves étant soumis au droit de propriété ; il ne le serait pas pour le premier. Qui ne voit l'arbitraire d'un semblable raisonnement ?

60. — La vérité, c'est que les Romains ne se sont pas préoccupés uniquement de la nature de l'objet matériel dont une personne retirait en fait les avantages attachés au droit de propriété. Ils étaient guidés avant tout par l'idée d'un but pratique à at-

(1) Savigny le reconnaît, mais sans expliquer suffisamment, il nous semble, pourquoi il en est ainsi. Qu'on en juge par le passage où il fait allusion à l'hypothèse que nous discutons, *op. cit.*, pp. 103 et 104 : « Tout ce qui n'est pas dans le commerce *et que nous savons ne pas y être*, ne saurait constituer un objet de possession. Non seulement l'*animus domini* serait ici injuste, ce qu'il est aussi à l'égard de la chose d'autrui quoique nous puissions fort bien la posséder, tout en sachant qu'elle appartient à autrui ; mais de plus ici toute idée d'usucapion ou d'interdits, qui pourraient donner lieu à un droit de possession distinct de la propriété, disparaît complètement. Voilà pourquoi, en premier lieu, *l'homme libre ne pouvait être possédé par celui qui avait connaissance de cet état de liberté.* (L. 23, § 2, *de poss.*) *Rien ne s'opposait, au contraire, à cette possession lorsqu'on prenait l'homme libre pour un esclave.* » — Cf : Namur : *Cours d'Instit.*, § 119, t. I, p. 160, note 5.

teindre : assurer la satisfaction des besoins sociaux. S'inspirant de cette idée essentielle, ils ont admis qu'un objet matériel, quel qu'il fût, était susceptible de possession toutes les fois que l'utilité pratique, conforme d'ailleurs à l'équité, exigeait qu'il en fût ainsi. Cette utilité pratique devait, à coup sûr, se faire sentir d'une manière toute particulière à l'égard des choses qui sont *in commercio* (1). Par suite, si l'on veut donner une solution générale et rationnelle, il est vrai de dire avec M. Accarias et Ihering qu'entre les objets matériels, ceux-là seuls étaient susceptibles de possession, qui étaient susceptibles de propriété privée. Il y avait parallélisme entre la propriété et la possession. La limite de la possibilité pour la propriété était aussi la limite de la possibilité pour la possession. Mais la loi romaine n'était pas liée par ce principe. Elle admettait que la possession était applicable même à des choses insusceptibles de propriété privée, même à l'homme libre, quand une telle solution, sans consacrer aucune injustice, devait avoir, en pratique, des conséquences utiles, quand elle devait assurer la satisfaction d'un besoin social (2). La solution admise par le titre IX du livre II des Institutes de Justinien en est un exemple. Elle se comprend, du reste ; elle correspond à merveille à la notion de la possession telle que nous l'avons précisée. Le maître qui se conduit à l'égard d'un homme libre de la même manière qu'avec un esclave a l'extériorité du droit de propriété par rapport à cet homme

(1) On s'explique parfaitement que le *forum* et la *basilica* ne soient pas susceptibles de possession. On conçoit difficilement qu'une personne puisse accomplir sur eux, à raison de leur destination de servir à tous, les actes d'un propriétaire. On conçoit à merveille, au contraire, qu'un homme libre soit en tout point traité par un tiers comme s'il était esclave.

(2) Appleton : *op. cit.*, p. 7 ; « La vérité c'est qu'ils (les jurisconsultes romains) se sont laissé dominer par des considérations pratiques qui ont aussi leur logique cachée, mais sans saisir peut-être les causes profondes par lesquelles ils étaient guidés. » L'existence des mesures prétoriennes édictées *corrigendi juris civilis gratia* en est une preuve remarquable. Ce ne pouvait être que pour satisfaire des besoins sociaux que le préteur allait ainsi à l'encontre du droit civil.

libre; il en est le possesseur. Et rien, dans les faits, ne permet de savoir, sur la simple apparence, quel est l'état réel de l'homme libre ainsi soumis au pouvoir d'autrui.

SECTION II. — **Les jura in re aliena.**

61. — Avec le pouvoir physique pour essence, la possession ne pouvait avoir pour objet que des choses corporelles. Mais, quand les jurisconsultes en arrivèrent à voir en elle l'extériorité du droit de propriété, aucun motif n'existait plus de considérer la possession comme insusceptible de s'appliquer aux droits. Des raisons particulières d'utilité pratique exigeaient, en outre, cette extension. Les droits en général et les *jura in re* tels que les servitudes en particulier, se trouvant, avec la notion du pouvoir physique, en dehors du domaine de la possession, il était impossible d'user pour leur transfert et leur acquisition de tous les modes usités pour le transfert et l'acquisition de la propriété. La tradition notamment, et l'usucapion depuis la loi *Scribonia*, leur étaient inapplicables. Il y avait intérêt cependant à permettre d'acquérir et de transmettre les droits de servitude à l'aide des mêmes modes que le droit de propriété. Le préteur, sous la double influence des besoins pratiques et des idées scientifiques élaborées par les jurisconsultes, admit que les servitudes pouvaient s'acquérir par la *quasi-traditio* et leur rendit applicable la *præscriptio longi temporis* (1).

62. — Les servitudes devenaient dès lors susceptibles d'être possédées; mais, comme on était encore, au moment où la réforme fut accomplie, sous l'empire de l'idée que la possession, telle qu'on l'avait d'abord scientifiquement conçue, ne pouvait s'appliquer qu'aux choses corporelles, on appela cette posses-

(1) Ce progrès semble avoir été accompli vers la fin du premier siècle de notre ère (Petit : *Tr. élém. de dr. rom.*, n° 222, p. 227).

sion nouvelle *quasi-possessio*. Il ne faut point pourtant, à l'exemple de Savigny (1), attacher à la valeur de cette expression une importance exagérée. La quasi-possession, nous l'avons vu, avait la même nature que la possession ; elle était l'extériorité de la servitude, comme la possession était l'extériorité de la propriété. L'expression de *quasi-possessio* dut sa naissance à la confusion que nous avons signalée entre le droit de propriété et son objet. Les jurisconsultes romains finirent par s'en rendre compte. S'ils distinguèrent avec soin, aussitôt l'accomplissement de la réforme, la possession et la quasi-possession, ils ne tardèrent pas, à la suite d'une analyse plus approfondie, plus précise et plus exacte, de la notion possessoire, à confondre dans leur langage deux idées rationnellement identiques. Pour deux textes (2) qui disent nettement que l'on ne conçoit pas la possession d'un droit incorporel, il s'en rencontre d'autres et fort nombreux qui parlent de la *possessio juris* (3). On considéra donc que les *jura* étaient, comme la propriété, susceptibles d'une véritable possession.

63. — Grâce à cette conception nouvelle, tous les droits réels qui constituent des démembrements de la propriété foncière entrèrent dans le domaine de la possession.

Il en fut ainsi d'abord, sans aucun doute, pour les servitudes prédiales. Le préteur permit de les établir par voie de *quasi-*

(1) Savigny : *op. cit.*, p. 173.

(2) Paul, lib. 54 *ad Edict.*, D., *de acq. vel amitt. poss.*, XLI, 2, 3 : *possideri autem possunt quæ sunt corporalia* ; — Paul, lib. 54 *ad Edict.*, D., *de usurp.*, XLI, 3, 4, 27 : *quia nec possideri intelligitur jus incorporale.*

(3) Celsus, lib. 25 *Digest.*, D., *de itin.*, XLIII, 19, 7 : JUS *fundi* POSSEDISSE; — Ulp., lib. 1 *Instit.*, D., *Comm. præd.*, VIII, 4, 2 : JUS POSSEDIT ; Ulp., lib. 1 *Instit.*, D., *de prec.*, XLII, 26, 2, 3 : POSSESSIONEM, *vel corporis, vel* JURIS ; — C., *de adquir. et retin. poss.*, VII, 32, 10 : *Nemo ambigit* POSSESSIONIS *duplicem esse rationem : aliam quæ* JURE *consistit, aliam quæ* CORPORE ; Ulp., lib. 14 *ad Edict.*, D., *de hered. petit.*, V, 3, 9 : *vel* JUS *pro herede, vel pro possessore* POSSIDET, *vel rem hereditariam*, etc. — Petit: *op. cit.*, n° 164, n. 3, p. 176 : Les expressions POSSESSIO JURIS et QUASI-POSSESSIO se rencontrent dans un grand nombre de textes.

traditio (1) ; il généralisa pour elles l'usage des interdits possessoires ; et il leur appliqua, nous l'avons dit, la *præscriptio longi temporis* « qui n'est guère autre chose à l'époque classique qu'une usucapion plus lente à s'accomplir (2) ».

La même solution fut appliquée aux servitudes personnelles. Dès l'époque classique, le droit réel d'usufruit était protégé par les interdits possessoires (3), il se constituait par voie de *quasi-traditio* (4), et, si aucun texte ne permet d'affirmer qu'il pût, comme les servitudes prédiales, être établi, dès la même époque, par un long usage, il est certain que, dans le droit de Justinien, l'usufruit s'acquérait, aussi bien que la propriété, par la prescription (5).

L'usufruit étant susceptible de *quasi-possessio*, l'usage et l'habitation (6), de même que les *operæ servorum aut animalium* (7), qui sont rangés par les textes parmi les servitudes personnelles, furent aussi susceptibles d'être possédés (8). Ils s'établissaient par les mêmes modes que l'usufruit, donc par la *quasi-traditio* et par la prescription. De sorte que l'on peut généraliser et dire qu'à l'époque classique et dans le droit postérieur toutes les servitudes, tant réelles que personnelles, entraient dans le domaine de la quasi-possession.

64. — Les servitudes n'étaient pas les seuls démembrements de la propriété des fonds de terre. A côté d'elles, les textes signalent d'autres droits réels, créés par le préteur, qui divisent également entre le propriétaire du fonds et un tiers les avan-

(1) Javol., lib. 5, *ex posterioribus Labeonis*, D., *de servit.*, VIII, 1, 20.
(2) Accarias : *Précis*, nº 218, t. I, p. 552.
(3) Savigny : *op. cit.*, p. 175.
(4) May : *op. cit.*, nº 106, p. 191.
(5) C. *de præscr. long. temp.*, VII, 33, 12 *in fine*.
(6) Inst. Just., *de usu et habit.*, II, 5 ; — D., *eod. tit.*, 7, 8 ; — C., *de usufr. et habit. et minist. servorum*, III, 33.
(7) Maynz : *Cours de dr. rom.*, t. I, p. 818-819.
(8) La loi 12, citée *suprà*, note 5, parle de l'*ususfructus et ceteræ servitutes*.

tages attachés au *dominium* : ce sont l'emphytéose et la superficie. A ces démembrements il faut ajouter les sûretés réelles : le *pignus*, qui portait uniquement sur des meubles, et l'hypothèque qui pouvait avoir pour assiette indifféremment des meubles ou des immeubles. Le domaine de la quasi-possession fut-il étendu à ces droits ?

L'emphytéote jouissait de la protection des interdits ; mais on est d'accord pour dire que c'est en qualité de possesseur du fonds et non point en qualité de *quasi-possessor* du droit d'emphytéose (1). D'autre part, le droit d'emphytéose ne pouvait s'acquérir par prescription (2). Il semble permis d'en conclure qu'il n'a pas été considéré comme susceptible de quasi-possession. — C'est bien cependant, selon nous, le droit réel d'emphytéose que protégeait l'interdit ; c'est bien ce droit que possédait l'emphytéote et non le fonds lui-même. S'il est considéré comme possesseur du fonds, c'est uniquement parce que les Romains confondaient, à l'époque classique comme dans le droit antérieur, au moins dans leur langage, le droit d'emphytéose, comme le droit de propriété, avec le fonds qui lui servait d'assiette. Ce bail à long terme d'une nature particulière exista de bonne heure dans le droit romain, nous l'avons dit plus haut, sous le nom de *jus in agro vectigali* (3). C'était le mode normal d'exploitation des fonds de terre appartenant aux cités et aux *universitates* en général et l'on y eut recours bien avant que fût établie la distinction des choses en corporelles et incorporelles. De même que la *possessio*, avec laquelle

(1) Maynz : *op. cit.*, t. I, p. 862, § 147, n° 3 ; — Accarias, n° 283 *bis*, t. I, p. 727, n° 3 ; — Petit, n° 238, p. 241.

(2) Maynz : t. I, p. 865, § 150. — C'est l'opinion généralement admise. On discute toutefois : V. Pépin le Halleur : *Hist. de l'emphyt.*, 2e partie, § 25, p. 102 et suiv. et les auteurs cités en note ; — Namur : *Cours d'Instit.*, § 189, t. I, p. 267, 3.

(3) Savigny : *op. cit.*, p. 183-4° ; — Accarias, n° 283 *bis*, t. I, p. 726 ; — Garsonnet : *Hist. des loc. perpét.*, p. 106 et suiv. ; — Appleton : *op. cit.*, p. 96.

il présentait une grande analogie (1), ce *jus in agro vectigali* n'était pas reconnu par le droit civil ; de même que la *possessio*, il était protégé au moyen de l'interdit ; comme elle également, il s'identifiait avec le fonds même sur lequel il portait. Le titulaire du *jus in agro vectigali* était, avant l'époque classique, considéré comme possesseur du fonds, parce qu'il jouissait de la protection de l'interdit. Dans la suite, ce mode d'exploitation fut employé par les particuliers eux-mêmes ; il reçut le nom d'emphytéose (2). On le distingua de la chose qui s'y trouvait soumise ; on continua néanmoins à considérer l'emphytéote comme possédant le fonds. Mais, en réalité, c'est la possession du droit d'emphytéose que protégeait l'interdit. C'est du droit d'emphytéose et non du fonds que l'emphytéote était possesseur. Le droit d'emphytéose était susceptible de quasi-possession.

65. — Il faut faire l'application de la même idée au droit de superficie, à propos duquel on discute beaucoup. Les uns soutiennent que le superficiaire a la *quasi-possessio* du droit de superficie ; les autres qu'il a la possession du fonds lui-même. La difficulté naît de ce fait que, d'une part, la possession du superficiaire était protégée contre les atteintes du dehors par un interdit possessoire spécial *de superficiebus*, et que, d'autre part, le propriétaire du fonds avait contre le superficiaire l'interdit *uti possidetis*. Comment concilier l'existence de ces deux interdits possessoires ? Il est inadmissible que le propriétaire et le superficiaire soient l'un et l'autre possesseurs du fonds, car c'est un principe devenu certain à l'époque classique, à la suite d'une longue controverse entre les Proculiens et les Sabiniens, que deux personnes ne peuvent avoir *in solidum* la possession d'une même chose (3). La cause unique de ce dissentiment se trouve,

(1) Maynz : *op. cit.*, t. I, p. 868, § 148, n° 3.

(2) C'est l'empereur Zénon qui lui donna officiellement le nom de *contractus emphyteuticarius*. — C. IV, 64, 1 ; — *Inst. de Just.*, III, 24, 3.

(3) Paul, lib. 54 *ad Edict.*, D., *de acquir. vel amitt. poss.*, XLI, 2, 3, 5 ; — Savigny : *op. cit.*, pp. 150 et s.

selon nous, dans la distinction irrationnelle et inexacte entre la possession des choses et la possession des droits. Ce n'est, nous l'avons dit, que par suite d'une confusion entre le droit et son objet que l'on a pu parler de la possession des choses. On ne possède que des droits. Si l'on se pénètre de cette vérité, on parvient à trancher la controverse que nous venons d'indiquer d'une manière très simple et très juridique. L'interdit *de superficiebus* protège le droit de superficie et l'interdit *uti possidetis* protège le droit appartenant au propriétaire du fonds. Deux droits distincts, mais superposés, se trouvent ici en présence; chacun a sa protection possessoire particulière. Le propriétaire est considéré par le droit romain comme le possesseur du droit de propriété, pendant que, de son côté, le superficiaire a la même qualité relativement au droit de superficie. Si l'on veut employer le langage courant, on dira que le superficiaire a la possession de la surface et le propriétaire la possession du fonds. Chacun d'eux a la possession du droit dont il est titulaire; le propriétaire est possesseur de la propriété; le superficiaire est *quasi-possessor* de la superficie. Comme l'emphytéose, le droit de superficie était susceptible de *quasi-possessio*.

66. — Nous pensons de même, contrairement au sentiment général, qui en fait un *possessor rei*, que le gagiste a la *quasi-possessio* du droit de gage. Nous avons vu, dans le chapitre précédent que, dans le droit ancien, où le gage se réalisait au moyen d'une aliénation avec pacte de fiducie, le gagiste avait la protection des interdits comme tout autre propriétaire. Plus tard, le *pignus*, qui exigeait la simple remise au créancier de la chose donnée en garantie sans transfert de propriété, se substitua à la fiducie. La protection de l'interdit fut conservée au profit du gagiste. Le préteur ne jugea pas nécessaire de créer une action particulière, la protection de l'interdit demeurant d'une efficacité suffisante. Mais cet interdit changea de caractère. Il était, au début, une sorte de dédoublement de la

sanction du droit de propriété ; il devint, quoiqu'en conservant son caractère d'interdit possessoire, la sanction de la sûreté réelle née du *pignus* (1). Il nous paraît donc rationnel de dire que le gagiste a la *quasi-possessio* du droit de gage et non pas la possession de la chose qui s'y trouve soumise.

67. — Toutefois, nous devons le reconnaître, c'est là un point de vue purement théorique que les jurisconsultes romains ne paraissent pas avoir envisagé. La qualité de possesseurs donnée par les textes à l'emphytéote, au superficiaire, au gagiste, s'explique, comme celle du précariste, beaucoup mieux par l'histoire que par la logique. C'est une survivance à l'époque classique de la notion primitive de la *possessio* (2). Nous avons vu que, dans le droit ancien, toute relation de fait entre une personne et un objet matériel protégée par l'interdit avait ce caractère. En précisant par degrés la théorie possessoire jusqu'à ce qu'elle fût devenue telle que nous l'avons déterminée, les jurisconsultes ne se préoccupèrent pas de la mettre en harmonie avec toutes les situations que, d'après l'usage, on désignait sous le nom de *possessio*. L'utilité pratique recevait une entière satisfaction. C'était l'essentiel.

68. — Les jurisconsultes romains s'étaient cependant rendu compte que les situations très différentes où le détenteur d'une chose matérielle était considéré comme un possesseur ne pouvaient être assimilées. De là une distinction, qu'indiquent plusieurs textes du Digeste et qu'on retrouve encore dans certains

(1) L'action *pigneratitia contraria*, qui appartient également au gagiste, ne lui permet pas d'exiger du débiteur ni des tiers qui peuvent détenir la chose objet du gage la remise de cette chose ; elle sanctionne une obligation née du contrat de gage, spécialement celle qui incombe au débiteur de rembourser au créancier les dépenses qu'il peut avoir faites pour la conservation de l'objet du gage.

(2) M. Cuq nous semble avoir une pensée très juste quand il dit : « Ihering a eu tort, aussi bien que Savigny, de vouloir à tout prix donner une explication rationnelle de décisions incohérentes fondées sur des raisons purement historiques » (*Rech. sur la poss.*, n° 34, *Nouv. Rev. hist.*, 1894, p. 49).

commentateurs du Code civil, de la possession proprement dite en deux catégories : on appelait *possessio civilis* celle qui produisait à la fois les interdits possessoires et l'usucapion ; on qualifiait de simple *possessio* ou de *possessio naturalis* celle qui ne conférait que la protection des interdits ; la première était une *possessio ad usucapionem*, la seconde une *possessio ad interdicta* (1). C'était un moyen commode de maintenir séparées deux institutions qui ne devaient pas être confondues. Mais cela est tout à fait insuffisant pour expliquer d'une manière rationnelle pourquoi d'abord l'emphytéote, le superficiaire, le gagiste et le précariste avaient la qualité de possesseurs ; pourquoi ensuite cette possession ne donnait droit qu'aux interdits ; pourquoi elle n'entraînait pas également l'usucapion de la propriété.

69. — Savigny a expliqué ces particularités diverses, qui semblaient ruiner de fond en comble sa théorie de l'*animus domini* (2), par l'idée à laquelle nous avons précédemment fait allusion de la *possession dérivée*. — Tout propriétaire a sur sa chose un *jus possessionis*, c'est-à-dire la faculté d'accomplir l'ensemble des actes constitutifs de l'exercice du droit de propriété De même que le *dominium*, ce *jus possessionis* est, selon Savigny, une valeur transmissible. Il peut être transféré seul, indépendamment de la propriété. C'est précisément le transfert qu'opérait, dans le droit romain, au profit de l'emphytéote, du superficiaire, du gagiste et du précariste (3), le propriétaire qui leur remettait sa chose à l'un de ces titres. Il leur transmettait « son *jus possessionis* sans transférer aussi la propriété (4) ».

(1) Voy. Savigny : *op. cit.*, § 7, pp. 47 et s. ; — Machelard: *Textes de dr. rom.*, p. 12 ; — cf. Cuq : *Rech. sur la poss.*, II, nos 23 à 32, *Nouv. Rev. hist.*, 1894, pp. 34 et s.

(2) Le titre de la possession de l'emphytéote, du superficiaire, etc., impliquait, en effet, la reconnaissance de la propriété d'autrui. S'ils avaient le *corpus*, ils ne pouvaient avoir l'*animus domini*, car *illud a veteribus præceptum est neminem sibi ipsum causam possessionis mutare posse*.

(3) Savigny : *op. cit.*, §§ 23, 24 et 25, pp. 265 et s.

(4) Savigny : *op. cit.*, p. 265.

Ils avaient ainsi une possession véritable, mais sans *animus domini* (1) », *dérivée* de la possession *originaire* du propriétaire. Voilà pourquoi ils étaient des possesseurs ; voilà pourquoi ils avaient le bénéfice des interdits ; voilà pourquoi aussi ils ne pouvaient usucaper. Leur possession, issue de celle du propriétaire, impliquant la reconnaissance de son *dominium*, les empêchait de prétendre à la propriété.

70. — Il y a longtemps déjà qu'on a critiqué cette hypothèse de la possession dérivée (2). Elle est inadmissible, en effet, parce qu'elle repose sur une affirmation que rien ne justifie et que tout porte, au contraire, à considérer comme une erreur : à savoir que ce *jus possessionis* qui appartient à tout propriétaire puisse être transféré seul et indépendamment de la propriété. Savigny reconnaît lui-même qu'en principe une telle transmission est impossible. « La possession dérivée, dit-il, est toujours une exception (3). » C'est une dérogation à la règle qui forme l'une des assises de son système et d'après laquelle pour être un possesseur, il faut avoir cette intention particulière qu'il appelle *animus domini*. Il pense que dans les cas où la possession est dérivée, il suffit au détenteur de la chose d'avoir l'*animus possidendi*, c'est-à-dire l'intention d'acquérir le *jus possessionis* du propriétaire.

71. — A notre avis, l'explication rationnelle de la qualité de possesseurs chez les personnes qui n'ont qu'une *possessio ad interdicta* est beaucoup plus simple. Bien loin de se trouver dans des règles exceptionnelles, elle ne constitue qu'une application des principes ordinaires et logiques qui gouvernent la possession. Elle se trouve, pour l'emphytéote, le superficiaire et le gagiste dans l'idée que nous avons mise en relief au cours de notre introduction : la possession n'a jamais pour objet des choses ;

(1) Savigny : *op. cit.*, p. 230.
(2) Machelard : *Textes de dr. rom.*, p. 38.
(3) Savigny : *op. cit.*, p. 265. Cf. p. 287.

on possède toujours des droits. La possession pouvait tout à la fois avoir pour effet l'usucapion et les interdits quand elle était l'extériorité de la propriété, c'est-à-dire quand le détenteur de la chose l'avait reçue à un titre qui n'impliquait ni la reconnaissance ni le respect du *dominium*, de l'*in bonis* ou de la *proprietas* d'autrui. Elle ne donnait droit qu'aux interdits dans les autres cas, parce qu'elle était alors l'extériorité, non de la propriété, mais de l'emphytéose, de la superficie ou du gage. Si, en apparence, aux yeux de celui qui ignorait à quel titre la chose leur avait été remise, l'emphytéote, le superficiaire et le gagiste avaient l'extériorité de la propriété, juridiquement et en réalité, ils n'avaient que la jouissance du droit qui leur appartenait, laquelle n'était jamais aussi étendue que celle du propriétaire. Ils n'avaient donc que la *quasi-possessio* de ce droit et non pas la possession du fonds, consistant dans l'exercice du droit de propriété. Cela nous semble beaucoup plus conforme à la raison que l'hypothèse savante de la possession dérivée. Cela explique en même temps pourquoi la personne qui avait remis la chose à titre d'emphytéose, de superficie ou de gage, conservait, si elle n'était pas propriétaire, mais simplement *in causa usucapiendi*, une *possessio civilis* utile pour achever l'usucapion commencée. Elle restait possesseur de la propriété. Constituer un de ces droits sur une chose, c'est, en effet, se conduire en propriétaire ; c'est accomplir un acte qui entre dans l'*omnia ut dominum gerere*.

72. — Quant au précariste, à la vérité, il n'avait aucun droit à l'encontre du *rogatus* ; mais il était juste et utile qu'il fût protégé à l'encontre de toute autre personne. C'est uniquement par l'utilité pratique que s'explique l'interdit qui lui appartenait. Il faut en dire autant de l'antichrésiste et du séquestre qui, dans certains cas, pouvaient aussi intenter l'interdit possessoire (1).

(1) Voy. Wodon : *Tr. théor. et prat. de la poss.*, nos 635 et 636 et les renvois, t. III, pp. 147-148 ; — Florentinus, lib. 8 *institut.*, D., *de pigner. act.*, XIII, 7, 35, 1 ; — Javolenus, lib. 1 *epistol.*, D., *de usurp. et usuc.*, XLI,

Leur qualité de possesseurs était également une survivance de la vieille idée qui avait fait appeler possesseur tout individu qui jouissait de la protection des interdits.

73. — Pour le droit d'hypothèque enfin, aucun texte ne permet de dire que les Romains l'aient jamais considéré comme susceptible de *quasi-possessio*. L'utilité ne s'en fit pas sentir. La *quasi-possessio* des *jura in re aliena* avait paru nécessaire pour deux raisons principales : 1° pour rendre possible la constitution ou le transfert de ces droits par voie de *quasi-traditio* ; 2° pour leur procurer les avantages attachés à l'*usucapio* et à la *præscriptio longi temporis*. Or, à aucun de ces points de vue, la *quasi-possessio* de l'hypothèque n'était nécessaire. D'une part, ce droit réel s'établissait par simple pacte. On n'avait recours pour le constituer à aucun des modes usités pour la constitution des autres droits réels. La *quasi-traditio* notamment était inutile. D'autre part, l'hypothèque ne pouvait exister comme droit principal ; elle se rattachait forcément, en qualité d'accessoire, à un droit de créance ; et, jusque dans le dernier état du droit romain, la transmission directe des créances fut impossible (1). L'hypothèque était intransmissible comme elles (2). La *quasi-traditio*, inutile pour constituer l'hypothèque, l'était donc aussi pour la transmettre. Enfin, il n'a jamais été question, à aucune époque du droit romain, de l'usucapion de l'hypothèque. On conçoit donc sans peine que les jurisconsultes romains, guidés en toutes choses par l'idée d'un but pratique à atteindre, ne se soient jamais préoccupés de savoir si le droit d'hypothèque faisait partie du domaine de la quasi-possession.

3, 16 ; — Julian., lib. 44 *Digest.*, D., *eod. tit.*, XLI, 3, 16, 5 et 6 ; — Paul, lib. 54 *ad. Edict.*, D., *de acquir. vel amitt. poss.*, XLI, 2, 1, 15 ; Julian., lib. 13 *Digest.*, D., *eod. tit.*, XLI, 2, 36.

(1) Voy. *infrà*, n° 84.

(2) Ce n'est que par suite d'une fiction que le bénéfice de cession d'actions permettait au fidéjusseur qui avait désintéressé intégralement le créancier de se prévaloir des sûretés de la créance et notamment de l'hypothèque.

SECTION III. — L'état des personnes.

74. — Les romanistes professent, en général, que le domaine de la possession a toujours été limité, chez les Romains, aux droits réels proprement dits : la propriété et ses démembrements (1). Cette opinion est une conséquence nécessaire de la théorie régnante. Avec l'idée de pouvoir physique pour essence, la possession, déjà difficilement applicable aux *jura in re aliena*, ne saurait se comprendre pour l'état des personnes, qui ne suppose rien de matériel. Avec la notion de la possession que nous avons adoptée, au contraire, la possession est aussi aisée à concevoir pour l'état des personnes que pour les droits réels (2). Les jurisconsultes de l'époque classique l'ont parfaitement compris. En l'affirmant ici, nous n'émettons point une opinion entièrement nouvelle. Nous nous trouvons d'accord avec des ouvrages récents, dont les auteurs ont eu de la possession une conception plus juste que leurs devanciers. « En droit classique, dit M. Cuq, la possession est une notion très générale qui s'applique aux choses incorporelles, telles que les servitudes, l'*état des personnes* (3) ».

75. — Cette extension n'avait rien que de très logique et de très raisonnable. Elle se produisit d'elle-même, le jour où l'on cessa de voir dans la possession le fait de s'établir sur une chose,

(1) Molitor : *La poss.*, n° 14, p. 32 : « La *juris possessio* ne peut être admise, de même que la prescription, que là où la loi l'a établie. Aussi, bien que les *jura status*, les droits dérivant de l'état civil ou politique d'une personne, soient susceptibles d'un exercice réitéré, cependant le droit romain n'a pas séparé pour la revendication de ces droits le possessoire du pétitoire, il n'a pas admis la *juris possessio* quant à ces droits. »

(2) Saleilles : *Les élém. constit. de la poss.*, n° 128, *Revue bourg.*, 1894, p. 402.

(3) Cuq : *Recherches sur la poss. à Rome*, n° 1, *Nouv. Rev. histor.*, 1894, p. 5 ; — Girard : *Manuel de dr. rom.*, p. 255, note.

de la tenir en sa puissance ou de se trouver en possibilité immédiate de l'y placer, pour l'envisager comme l'extériorité du droit, comme l'ensemble des faits par lesquels l'existence d'un droit se manifeste extérieurement. La qualité d'homme libre, celles de citoyen ou de pérégrin, celles d'ingénu ou d'affranchi, celles de *suus*, d'agnat ou de *gentilis*, celles d'époux, de père ou de fils, tout cet ensemble d'attributs, particuliers à chaque individu, qui constituent l'état des personnes et permettent de les distinguer les unes des autres, forment une sorte de propriété. Bien qu'insusceptibles d'évaluation pécuniaire, ces attributs sont de véritables droits, sanctionnés par des actions analogues à celles qui sanctionnent les droits réels, dont l'existence se manifeste au dehors, qui ont une extériorité. C'est en cette extériorité que consiste leur possession. On a la possession de l'état d'homme libre, de citoyen ou de pérégrin, d'ingénu ou d'affranchi, de *suus*, d'agnat ou de *gentilis*, quand on vit et qu'on est considéré comme tel dans la société et dans la famille à laquelle on appartient, quand on jouit, en fait, des avantages attachés à cette qualité et qu'on en supporte les charges. Cette possession résulte de faits divers et nombreux que les jurisconsultes ont réunis et embrassés sous les trois mots : *nomen*, *tractatus*, *fama*.

76. — Les documents relatifs à la possession d'état nous sont parvenus en petit nombre et sont peu explicites. Ils permettent néanmoins d'affirmer avec certitude que les Romains ont connu cette application de la théorie possessoire.

Le plus ancien d'entre eux est un édit rendu par Claude en l'an 46 de notre ère pour régler la condition des Anauni et des populations voisines, établis dans le val de Bregaglia actuel (1). Les habitants de ce territoire jouissaient depuis long-

(1) Girard : *Textes de droit romain*, 1re éd., pp. 148 et 149, 2e éd., pp. 155 et 156 ; — Ernest Dubois : *La Table de Clés*, *Rev. de législ. anc. et mod. fr. et étr.*, 1872, pp. 7-52.

temps du droit de cité romaine ; ils portaient des noms romains; certains d'entre eux avaient servi parmi les prétoriens ; d'autres avaient été centurions; quelques-uns même, admis dans les décuries, y avaient siégé comme juges; mais il leur eût été difficile de rapporter de leur droit des preuves bien positives. Dans cette situation, que devait faire l'Empereur? Fallait-il leur retirer expressément la qualité de citoyens romains? Était-il préférable de transformer en droit définitif l'état de choses existant? Claude adopta cette dernière solution, considérant que « de l'usage prolongé qu'ils avaient eu du droit de cité romaine résultait pour eux la possession de ce droit (1) ».

Ce langage de l'Empereur indique d'une manière très claire qu'à ses yeux, la jouissance qu'avaient eue les Anauni et leurs voisins du droit de cité romaine constituait une possession véritable, susceptible de leur faire acquérir le droit dont cette jouissance était l'extériorité Dès l'époque où fut rendu cet édit, il était admis, par conséquent, que le droit de cité romaine pouvait être l'objet de la possession.

77. — Plusieurs textes du Digeste, postérieurs à l'édit de Claude, parlent de leur côté de *possessio ingenuitatis, libertinitatis, libertatis, servitutis*. Il est vrai que les commentateurs du droit romain sont presque unanimes à affirmer que ces textes ne prennent pas le mot *possessio* dans son sens technique (2). « A l'égard de ces droits, dit Maynz, l'idée de l'exercice d'un pouvoir physique n'est admissible sous aucun rapport ; la possession dont il s'agit n'implique aucun avantage, ni aucun *animus habendi* (3). »

(1) *Tametsi animadverto non nimium firmam id genus hominum habere civitatis Romanæ originem : tamen cum longa usurpatione in possessionem ejus fuisse dicatur et ita permixtum, etc...* (Girard : *Textes de dr. rom.*, 1re éd., p. 149, 3, 2e édit., p. 156, 3).

(2) Savigny : *op. cit.*, p. 175 ; — Maynz : *loc. cit.*, t. I, § 82, n. 5, p. 639 ; — Accarias : *Précis*, t. I, p. 550, n. 2.

(3) Maynz : *op. cit.*, t. I, p. 639, § 82 et note 5.

Cette opinion se réfute d'elle-même. En ce qui concerne le pouvoir physique d'abord, nous avons établi qu'il ne constitue qu'un élément accidentel de la possession ; il est simplement le mode normal dont se manifeste le droit de propriété. Il est, à l'égard des choses corporelles, la forme ordinaire de la possession ; il n'en constitue pas l'essence. Pour les servitudes, le pouvoir physique joue un rôle bien plus effacé. Il n'en joue aucun dans la possession d'état, qui consiste simplement dans le fait de jouir d'un état déterminé, d'en avoir l'extériorité. Or, c'est là précisément la situation que désignent les textes où il est parlé de *possessio ingenuitatis*, *libertinitatis*, *libertatis*, etc... La personne qui avait cette possession se conduisait en fait comme un ingénu, comme un affranchi, comme un homme libre. Ce premier argument de l'opinion que nous réfutons nous paraît donc se réduire de lui-même à néant (1). Le mot *possessio* est bien pris ici dans son sens technique, la possession n'étant essentiellement rien autre chose que l'extériorité du droit.

Est-il vrai, d'autre part, que cette *possessio* n'impliquât aucun avantage ? Les textes, à cet égard, donnent une réponse précise et formelle. La possession d'état entraînait des effets juridiques importants

78.—Appliquée à la qualité des personnes, la possession avait d'abord l'effet général de toute possession : faire présumer l'existence du droit dont elle était l'extériorité. C'est ainsi que, par application de cette présomption, elle constituait un mode de preuve auquel on avait fréquemment recours pour déterminer l'état des personnes. Le droit romain n'exigea jamais aucune solennité de forme pour la validité du mariage. Ni les cérémonies religieuses qui accompagnaient le mariage païen, ni la bénédiction qui le consacrait sous le christianisme, n'étaient

(1) Quant à l'*animus habendi*, voy. *suprà*, p. 18, note 2.

nécessaires à sa validité (1). Le mariage existait dès que la femme se trouvait à la disposition du mari, était installée dans sa maison comme *uxor*. Contracté dans ces conditions, en l'absence de tout officier public, le mariage manquait de preuve légale. « Souvent, il est vrai, on rédigeait un acte écrit, *tabulæ nuptiales*, et le témoignage des personnes présentes aux cérémonies qui accompagnaient le mariage, pouvait aussi fournir un moyen de preuve (C., *de nupt.*, V, 4, 9). Sinon, on usait d'une présomption : la cohabitation entre personnes honorables et de condition égale faisait présumer le mariage (2). » En d'autres termes, l'extériorité de la qualité d'époux, la qualité apparente d'époux, était suffisante pour faire preuve du mariage. Elle était génératrice d'un de ces effets juridiques que nous avons établis comme ayant pour cause unique et nécessaire la possession. L'état d'époux était susceptible d'être possédé.

79. — Il en était de même des autres qualités constitutives de l'état des personnes. Dès l'époque de Servius Tullius, il était prescrit aux citoyens de faire constater sur des registres publics les faits intéressant l'état civil des personnes. Mais cette prescription fut mal suivie. A la fin de la République, ces registres n'étaient plus tenus. L'usage n'en fut repris qu'à l'époque de Marc-Aurèle. Encore fût-ce seulement, si l'on en croit Julius Capitolinus, biographe de cet empereur, pour la constatation des naissances (3). D'une manière générale, à défaut d'actes instrumentaires dressés par les soins des particuliers ou d'autres documents privés, l'état des personnes devait, par la force même

(1) Petit : *Tr. élém. de dr. rom.*, n° 87, p. 98. « Ces principes, dit M. Petit, sont encore vrais sous Justinien. Léon le Philosophe fut le premier qui exigea, dans l'empire d'Orient, la bénédiction nuptiale comme condition de validité du mariage civil (Léon, Nov. 89). »

(2) Petit : *eod. loc.*, n° 87, p. 99. — C., *de nupt.*, V, 4, 22 ; — Modestin, lib. 1 *Regul.*, D., *de ritu nupt.*, XXIII, 2, 24. — C., *de nupt.*, V, 4, 9.

(3) Accarias : *Précis*, t. I, p. 117, note 3 ; — cf. Henri Beaune : *La cond. des pers.*, pp. 359-360.

des choses, être prouvé au moyen de témoins venant affirmer qu'en fait telle personne avait joui de tel état déterminé. L'extériorité de l'état était invoquée comme mode de preuve ; elle faisait présumer l'existence de l'état qu'on avait possédé.

80. — La même présomption est appliquée par Ulpien à propos de la question suivante : une instance étant engagée pour savoir si une personne a la qualité d'ingénu ou celle d'affranchi, qui devra jouer le rôle de demandeur ? Le jurisconsulte répond par une distinction : il n'est pas douteux, dit-il, que si la personne dont la condition est en litige se *trouve en possession de l'état d'affranchi*, c'est elle qui sera demanderesse et qui devra rapporter la preuve de son ingénuité. Si, au contraire, cette personne est en possession de l'état d'ingénu, et que l'adversaire la réclame comme son affranchi, c'est à l'adversaire qu'incombera le fardeau de la preuve (1). L'extériorité que la personne dont on conteste l'état a de telle condition déterminée a donc pour effet de lui attribuer dans l'instance, suivant les cas, soit le rôle de demandeur, soit le rôle de défendeur. C'est là une conséquence juridique importante qui ne peut s'expliquer d'une manière rationnelle que par l'idée de possession. Elle découle de cette présomption de conformité entre la réalité et l'apparence qui forme l'effet primordial et essentiel de la possession. Telle est bien l'idée dont s'inspire le droit romain dans le fragment d'Ulpien que nous venons d'analyser.

81. — Ces effets, fondés sur l'idée d'une présomption de conformité de la réalité avec l'apparence, ne sont pas, d'ailleurs, les seuls que signalent les textes. L'idée que l'état est susceptible de possession, apparue à l'époque classique, s'implanta dans le droit romain et y progressa continuellement. La législation

(1) Ulp., lib. 2, *de off. cons.*, D., XXII, 3, 14 ; — Ulp., lib. 54, *ad Edict.*, D., XL, 12, 1 ; — Ulp., lib. 55 *ad Edict.*, D., *eod. tit.*, 10 ; — *Pompon.*, lib. 12 *ad Quint. Muc.*, D., *eod. tit.*, 28 ; — Paul., lib. 54 *ad Edict.*, D., *de acquir. vel amitt. poss.*, XLI, 2, 3, 10.

du Bas-Empire en fit des applications plus remarquables encore que celles que nous venons de signaler. Ces applications ont été conservées par Justinien. Il existe au Code un titre entier consacré à la « prescription de long temps invoquée pour ou contre la liberté » (1). La rubrique seule de ce titre indique déjà d'une manière très nette que la liberté était susceptible d'être possédée, la possession étant indispensable pour qu'on puisse invoquer le bénéfice de la *præscriptio longi temporis*. Cette indication est confirmée par les lois qui le composent. La prescription de la liberté s'y trouve soumise à des conditions précises, qui se retrouvent toutes pour la prescription des fonds de terre et des servitudes. C'est ainsi qu'aux termes de la loi première, « celui qui se trouve depuis longtemps en possession de la liberté ne peut invoquer le bénéfice de la *præscriptio longi temporis* si sa possession est de mauvaise foi (2) ». Et la loi 2, complétant les dispositions de la loi première, dispose que la possession de la liberté, commencée de bonne foi et prolongée pendant vingt ans, fait acquérir en même temps la liberté et le titre de citoyen romain (3).

82. — En présence de ces décisions, aucun doute n'est possible. L'état d'homme libre est susceptible d'être possédé au même titre que les autres droits. La loi romaine le déclare expressément. Et, ce qui est très digne de remarque, elle n'emploie pas ici le terme de *quasi-possessio*, comme le faisaient

(1) *De longi temporis præscriptione quæ pro libertate et non adversus libertatem opponitur*. C., VII, 22.

(2) « *Mala fide morato in libertate diu prodesse non potest longi temporis præscriptio* » (C., VII, 22, 1).

(3) « *Præstat firmam defensionem libertatis ex justo initio longo tempore obtenta possessio. Favor enim libertatibus debitus, et salubris jampridem ratio suasit, ut his, qui bona fide in possessione libertatis per viginti annorum spatium sine interpellatione morati essent, præscriptio adversus inquietudinem status eorum prodesse deberet, ut et liberi et cives fiant romani* » (C., VII, 22, 2). — Voy. en outre sur la prescription de l'état de colon, C., *de agricolis*, XI, 48, 23, 1.

couramment pour les servitudes les jurisconsultes de l'époque classique. Elle voit dans l'extériorité de l'état une possession véritable, bien que l'idée de pouvoir physique en soit totalement absente. Les textes qne nous venons de citer sont au nombre de ceux qui contiennent une condamnation éclatante de la théorie possessoire de Savigny, en même temps que la confirmation de la théorie générale qu'Ihering y a substituée.

SECTION IV. — **Les créances.**

83. — Avec la propriété, les *jura in re aliena* et l'état des personnes, le domaine rationnel de la possession n'a pas encore atteint ses extrêmes limites. Il y manque les droits de créance ou obligations. Les Romains ont-ils jamais considéré que ces droits fussent susceptibles d'être possédés ? Tous les auteurs qui, à notre connaissance, ont prévu la question y font une réponse unanimement négative (1). Pour les créances, dit M. May, elles ne furent jamais envisagées comme pouvant être possédées (2).

84. — En présence de cette unanimité, il serait bien hardi de soutenir une opinion contraire. On ne saurait trouver dans les textes à ce sujet aucune trace certaine. D'une part, l'usucapion des créances a toujours été inconnue des Romains. D'autre part, il n'est pas douteux que les interdits possessoires n'ont jamais protégé dans leur exercice cette catégorie de droits. Le besoin ne s'en faisait pas sentir. Enfin, les principes juridiques certains de la législation romaine en matière de créances appellent ici des réflexions analogues à celles que nous

(1) Maynz : *op. cit.*, § 82, p. 639 ; — Molitor : *La poss., la revendic., la public. et les servitudes*, n° 14, p. 32 ; — Accarias : *Précis*, n° 218, t. I, p. 553 ; — May : *Elém. de dr. rom.*, n° 77, p. 148 ; — Didier-Pailhé : *Cours élém. de dr. rom.*, t. I, p. 158.

(2) May : *op. cit.*, n° 77 *in fine*, p. 148.

avons faites à propos de l'hypothèque. Les jurisconsultes de l'époque classique ne se sont pas demandé si la possession est susceptible de s'appliquer aux créances. C'était une question de pure théorie. Comme telle elle était à leurs yeux dépourvue d'intérêt. Ils se laissaient guider avant tout, nous l'avons dit et répété, par des considérations d'utilité pratique. Ici l'utilité pratique n'était pas en jeu.

Une des raisons dominantes qui ont fait admettre la *quasi-possessio* des servitudes, c'est la nécessité de les transmettre par voie de *quasi-traditio*. La même nécessité aurait dû amener la quasi-possession des créances. Un motif particulier au droit romain y mit obstacle. Les Romains considéraient le lien de droit, le *vinculum juris* qui constitue l'obligation, comme un rapport juridique établi entre un créancier et un débiteur déterminés. Changer un des termes de ce rapport c'eût été l'anéantir. Cette conception de l'obligation entraînait comme conséquence l'intransmissibilité des créances. Transférer une créance, c'eût été changer la personne du créancier, substituer à l'un des termes du rapport un terme nouveau. Un pacte de cession n'eût produit aucun effet translatif ni extinctif. La créance cédée aurait continué d'exister en la personne du cédant. Le *vinculum juris* n'eût été ni dissous, ni déplacé. Le pacte intervenu entre le cédant et le cessionnaire n'eût exercé aucune influence sur lui.

Les besoins de la pratique exigeaient néanmoins qu'on pût réaliser ce transfert. Pour leur donner satisfaction, on eut recours à des procédés détournés : la novation, la délégation, la *procuratio in rem suam* (1). Mais, aucun de ces procédés ne pouvant avoir pour résultat d'investir le cessionnaire de la créance même du cédant, ni la *quasi-traditio*, ni, par suite, la

(1) Gaius, II, 38 ; — Gide : *Etudes sur la novation et le transport des créances*, pp. 230 et suiv.

quasi-possessio des créances n'étaient nécessaires. Voilà pourquoi aucun texte ne parle de la possession des créances.

85. — C'est seulement dans le droit de la dernière époque que le cessionnaire put exercer contre le débiteur, par la voie d'actions utiles, la créance même du cédant. Il eût été logique de considérer dès lors comme une *quasi-traditio* l'acte par lequel le cessionnaire était mis en mesure de faire valoir *erga omnes* les droits qu'il avait acquis du cédant. On n'eut pas cette logique. Les grands jurisconsultes de l'époque classique n'avaient laissé aucun successeur capable de dégager de cette réforme les conséquences juridiques qu'elle contenait. La conclusion unanime des romanistes ne saurait être critiquée : le droit romain n'a jamais considéré les créances comme susceptibles d'être possédées. Cette dernière étape lui restait à franchir, pour atteindre les extrêmes limites du domaine rationnel de la possession. Nous aurons à nous demander si l'ancien droit français, à l'étude duquel nous allons nous consacrer désormais, a franchi cette étape. Nous aurons à nous demander si l'acte par lequel un cessionnaire était mis à même d'exercer *erga omnes* la créance du cédant, constituait à ses yeux une *quasi-traditio*. Peut-être aurons-nous à rechercher aussi si l'ancien droit n'a pas admis que certaines créances pouvaient être établies par l'usucapion.

DEUXIÈME PARTIE

L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS.

---

86. — Dans l'étude que nous venons de clore sur la législation romaine, nous avons essayé de délimiter le domaine de la possession en soumettant successivement à l'épreuve de notre critérium les droits réels identifiés avec leur objet qui étaient considérés comme des choses corporelles, les *jura in re aliena*, l'état des personnes et les créances. Nous adopterons dans cette seconde partie de notre travail un plan analogue. Mais, à raison des différences profondes qui séparent les droits réels admis par l'ancien droit français, des droits réels romains, il ne nous est pas possible de donner à ce plan son exécution immédiate. Il nous faut, au préalable, et pour l'intelligence de nos explications ultérieures, donner des droits réels de l'ancienne législation française une idée générale, les faire connaître dans leur ensemble, en opérer le classement. Ce sera la matière d'un premier chapitre.

Nous rechercherons ensuite, dans un chapitre deuxième, quel était le domaine de la possession dans le dernier état du droit coutumier, depuis le XVIe siècle jusqu'à la Révolution. Dans ces recherches, nous nous inspirerons surtout de la Coutume de Paris telle qu'elle a été rédigée en 1580, de la jurisprudence qui l'a interprétée et des commentaires dont elle a fait l'objet, ainsi que des ordonnances royales et des écrits des auteurs anciens qui ont conçu et tenté, dans la mesure où la

diversité des coutumes locales la rendait possible, et bien avant que le Code civil ne la réalisât, l'unification de nos lois civiles : Dumoulin, Guy Coquille, Loysel, Domat, Bourjon et Pothier. Nous laisserons en général de côté, par conséquent, tout le droit coutumier antérieur, et nous n'irons nous référer aux dispositions des autres coutumes que dans la mesure où ces références seront nécessaires pour suppléer au silence ou pour combler les lacunes de la Coutume de Paris. Nous ne nous occuperons enfin en aucune manière des règles législatives des pays de droit écrit.

87. — Restreint à ces proportions, notre travail sur l'objet de la possession dans l'ancien droit sera suffisant pour atteindre le but que nous nous sommes proposé. Nous n'avons pas la pensée de nous essayer à une œuvre d'érudition en embrassant dans un traité général l'ensemble des solutions de l'ancien droit sur notre sujet. Nous voulons simplement établir, avec certitude et précision, les précédents du Code civil. Pour y parvenir c'est assez de faire connaître, en le complétant de la manière que nous venons d'indiquer, le droit de la Coutume de Paris dans son dernier état. C'est elle, en effet, qui formait le droit commun de la France ; c'est elle qui a eu les commentateurs les plus illustres ; c'est elle qu'ont donnée pour base à leurs travaux la plupart des auteurs d'ouvrages d'ensemble sur le droit coutumier. C'est d'elle par suite que se sont indirectement inspirés les rédacteurs du Code civil en puisant dans ces ouvrages d'ensemble, et notamment dans Pothier, les éléments de la théorie possessoire de notre droit actuel. Par là s'imposait à notre attention son étude dominante, sinon exclusive. Par là se justifie notre décision d'en faire le pivot de cette seconde partie de notre essai. Nous serons assuré, par ce moyen, de donner une idée générale exacte de la théorie de notre ancienne jurisprudence sur l'objet de la possession.

CHAPITRE PREMIER.

NOTION ET CLASSEMENT DES DROITS RÉELS DANS L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS.

SECTION I. — **Les causes de la multiplicité des droits réels dans l'ancien droit français.**

88. — Le nombre des droits réels ne se détermine pas *a priori*, rationnellement et d'après la nature des choses. Il en est peu qui répondent à des besoins permanents et s'imposent comme tels à toute organisation sociale. La plupart d'entre eux varient avec les nécessités pratiques des lieux et des époques, les mœurs, le degré de civilisation et le génie particulier des peuples, leurs institutions politiques et économiques. Ils affectent ainsi les caractères les plus divers. Cette diversité est remarquable surtout à l'égard de ceux qui ont la terre pour assiette et dont l'ensemble constitue le régime de la propriété foncière. L'ancien droit français en donne un des exemples les plus curieux qu'il soit possible de rencontrer.

89. — A Rome, nous avons trouvé les droits réels en nombre limité : au premier rang, la propriété quiritaire, le *dominium*, conférant un droit si exclusif, si absolu, si complet, qu'il était identifié avec le sol même. Puis l'*in bonis*, simple forme particulière du *dominium* avec lequel il finit par se confondre. En troisième lieu, les *jura in re aliena* : les servitudes, qui démembraient la propriété et divisaient entre deux ou plusieurs personnes ses différents éléments ; la superficie, qui n'était, au fond, comme l'*in bonis*, qu'une propriété prétorienne ; l'emphytéose

qui semble n'avoir été placée parmi les *jura in re* que vers la fin de l'époque classique et qui, à raison de certaines singularités, dues peut-être à son origine grecque, s'écartait un peu de l'esprit primitif du droit romain ; enfin le *pignus* et l'hypothèque. Ce fut tout.

90. — Ces divers droits présentaient des caractères propres très précis, qui les différenciaient nettement des autres situations juridiques que nous avons envisagées. D'une part, ils étaient rigoureusement réels. Entendez par là qu'il ne se trouvait, en général, mélangée en eux aucune trace d'obligation. A l'exception de l'emphytéose, — droit très particulier, — du *pignus* et de l'hypothèque, — qui ne pouvaient exister sans une créance, à laquelle ils se rattachaient à titre d'accessoire, — tous supposaient deux seuls éléments concrets : un sujet et un objet ; une *persona* et une *res*. Le propriétaire était libre d'user de sa chose, d'en jouir, d'en disposer à son gré, *uti*, *frui*, *abuti*, mais sans jamais pouvoir contraindre personne à l'accomplissement du moindre acte à son profit. Le titulaire d'une servitude prédiale ou personnelle en jouissait de même pleinement dans la limite des facultés qu'elle comportait, mais sans être autorisé à rien exiger du propriétaire du fonds servant. Celui-ci n'était tenu, comme le reste des hommes, que d'une pure abstention : le respect du droit d'autrui. Sa qualité ne lui imposait par elle-même aucune obligation positive envers le propriétaire du fonds dominant. On cite comme une anomalie tout à fait extraordinaire la charge de réparer jointe à la servitude *oneris ferendi* (1). Et le droit d'emphytéose était le seul qui imposât à son titulaire l'obligation de payer une redevance. Aucun droit, obligatoire par sa nature, n'avait acquis à Rome le caractère de droit réel.

91. — D'autre part, les droits réels romains ne mettaient en

(1) Accarias : *Précis*, n° 268, t. I, p. 674.

jeu, dans leur application et leur exercice, que des intérêts purement privés. Aucune parcelle de l'autorité publique, aucune des prérogatives dont sont investis les citoyens qui exercent, comme représentants de l'État, une magistrature, ne s'y trou vaient rattachées. Chez les Romains, qui avaient de l'État une conception très claire, l'organisation de la propriété était distincte de l'organisation des pouvoirs publics ; elle ne constituait pas en même temps, et comme telle, un régime politique; la puissance qui appartenait, dans l'intérêt général, aux magistrats romains, n'entrait à aucun degré dans leur patrimoine. Elle avait pour essence d'être déléguée et temporaire ; sa délégation se réduisait même à un temps fort court, ne s'étendant pas, en principe, au delà d'une année. Propriété et souveraineté, *dominium* et *imperium*, étaient deux institutions régies par des règles très différentes. L'une appartenait tout entière au droit privé ; l'autre était du domaine exclusif du droit public.

92. — On chercherait vainement à réduire les droits de l'ancien droit français à ce petit nombre, à ces caractères précis, à cette absence remarquable de toute confusion, soit avec les droits de créance, soit avec la souveraineté, qui les distinguait dans la législation précédente. La destruction de l'Empire eut pour résultat l'anéantissement presque complet de la civilisation romaine en Gaule. A une organisation « savante, bien ordonnée, parvenue à un haut degré de perfection technique (1) », elle substitua un état « persistant et grandissant » d'anarchie (2) qu'on a pu, sans trop d'exagération, comparer au chaos. Ce chaos, il est vrai, ne fut pas infécond. Des éléments hétérogènes qui s'y agitaient en désordre, finit par se dégager avec le temps, à la suite d'une élaboration pénible, laborieuse et lente, une société nouvelle. Sur les ruines de l'Empire disparu s'édifia la féodalité, système politique et militaire, reposant tout entier

(1) Esmein : *Cours élém. d'hist. du dr. fr.*, p. 2.
(2) Esmein : *eod. loc.*, p. 119.

sur un régime original de la propriété foncière, destiné à vivre, par certains côtés, à titre d'institution privée, jusqu'à la Révolution française.

93. — Ce régime était bien éloigné de la simplicité et de la clarté romaines. La distinction traditionnelle entre les droits réels et les droits de créance, si précise à Rome, n'y était pas nettement formulée. L'élément réel et l'élément personnel s'y trouvaient constamment mélangés. « Par suite de ce mélange, la notion du droit réel transmise par le droit romain s'élargit dans l'esprit des jurisconsultes coutumiers. Le droit réel n'était plus seulement le droit portant directement sur un fonds et permettant d'en user ou d'en jouir d'une certaine manière. Tout droit qui s'appliquait à un héritage était un droit réel, du moment qu'il s'attachait principalement à ce fonds, dût-il réagir sur les personnes qui le détenaient. Le seul caractère nécessaire pour faire apparaître le droit réel était de suivre partout l'immeuble, entre toutes les mains (1). » Une multitude de droits, obligatoires par leur nature, se transformèrent ainsi en droits réels fonciers, par l'unique raison que les prestations qui les constituaient pouvaient être exigées, non d'une personne invariable, déterminée à l'avance par un contrat, mais de tout détenteur du sol en cette qualité. Elles étaient dues en quelque sorte, par la terre même et n'obligeaient les personnes que d'une manière indirecte, *propter rem*. Le détenteur pouvait généralement s'exonérer de toute obligation en déguerpissant, en abandonnant la chose. Ce fut une première cause de multiplication des droits réels dans l'ancien droit français.

94. — Si la distinction des droits réels et des droits de créance était mal définie par le droit féodal, celle de la souveraineté et de la propriété l'était moins encore, ou plutôt elle ne l'était en aucune façon. Elle suppose une conception précise

(1) Chénon : *Les démembr. de la propr. fonc.*, n° 7, p. 19.

de la notion d'État et la division bien marquée du droit public et du droit privé. Or, la notion d'État fut obscurcie, dénaturée, presque anéantie, à l'époque franque et sous les premiers Capétiens (1), et la division romaine du *jus publicum* et du *jus privatum* avait totalement disparu sous l'influence germanique. Aussi, bien loin de les tenir séparées, le régime féodal eut-il, au contraire, pour trait caractéristique la fusion de la souveraineté et de la propriété (2). Cette fusion entraîna comme conséquence l'attribution aux propriétaires du sol de tous ou de presque tous les droits constitutifs de l'autorité publique. La plupart de ces droits, qui sont aujourd'hui la prérogative de délégués révocables du pouvoir exécutif, devinrent au moyen âge des éléments de fortune privée. Ce fut une seconde source de droits réels inconnus des Romains.

95. — Une troisième, due également à l'influence, tantôt directe, tantôt médiate, du régime féodal, fut la création de formes multiples de locations perpétuelles et à longue durée. Sauf de très rares exceptions, la terre était, sous l'ancien régime, universellement tenue en vertu d'un de ces contrats, qu'on désignait sous la dénomination générale de baux et dont l'inféodation, l'accensement et le bail à rente foncière, constituaient les trois types essentiels. A la différence de ce qui a lieu aujourd'hui, la plupart des baux ne conféraient pas au preneur une simple créance de jouissance, laissant au bailleur la propriété de la

(1) Esmein : *Cours élém. d'hist. du dr. fr.*, pp. 60 et s. et 327. — P. 64 : « Le roi, *considérant le pouvoir royal comme sa propriété privée*, trouva naturel de disposer, à titre gratuit, de ces attributions au profit de certaines personnes ou de certains établissements. De là, ces renonciations aux droits régaliens, ces concessions viagères, puis héréditaires de fonctions publiques, ces chartes d'immunité qui jouèrent un si grand rôle dans la préparation de la féodalité. Tout cela, incompréhensible tant que la notion de l'état persiste, devient naturel dès que le pouvoir royal appartient au roi en propre et privativement. »

(2) Guizot · *Hist. de la civilis. en France*, 9e édit., Paris, Didier, 1864, in-12, t. III, pp. 54 et suiv., cité par Garsonnet : *Hist. des locat. perpét.*, p. 299, et par Chénon : *Les démembr. de la propr. fonc.*, n° 7, p. 21.

chose. Ils démembraient la propriété entre le bailleur et le preneur et rendaient ainsi chacun d'eux titulaire de droits réels aussi variés que les contrats même qui leur donnaient naissance.

96. — Au premier rang de ces contrats, se plaçait le contrat de fief. Le fief était l'unité constitutive, l'élément primordial, la cellule de l'organisme féodal. Réduit à sa plus simple expression, le fief était une terre ou un droit immobilier, concédé à la charge de certains services, par un homme qui prenait le nom de seigneur de fief, à un autre homme qui prenait le nom de vassal (1). C'était le type du droit réel de l'ancien droit; avec ses variétés, ses démembrements et ses dérivés, il était devenu la condition normale de la terre (2). Le contrat qu'il supposait reliait entre eux, par des devoirs réciproques de vassal à seigneur, de tenancier à concédant, tous les membres de la société féodale : nobles, roturiers et serfs (3). Et le trait d'union universel qui rapprochait tous ces hommes, c'était la terre. « Les uns l'ont concédée, les autres l'ont reçue à certaines conditions. Mais par là même, la propriété foncière a pris une forme nouvelle, appropriée aux besoins sociaux. A la propriété libre et absolue qui ne s'est conservée qu'à titre d'exception, s'est largement substituée la *tenure* ; presque tous tiennent la terre de quelqu'un en vertu d'une concession conditionnelle et limitée (4). »

97. — Parmi les conditions et les limitations auxquelles étaient soumises les tenures, figurait toujours l'obligation imposée au tenancier d'accomplir, au profit du concédant, des prestations et des services divers, dont la nature variait suivant que ce tenancier était un noble, un roturier ou un serf.

A l'origine, ces tenures eurent pour caractère commun d'être

(1) Esmein : *Cours élém. d'hist. du dr. fr.*, p. 176.
(2) Garsonnet : *Hist. des loc. perpét.*, p. 300.
(3) Garsonnet : *eod. loc.*, p. 388.
(4) Esmein : *Cours élém. d'hist. du dr. fr.*, p. 178.

précaires et révocables (1). Le concédant restait propriétaire de la terre concédée et conservait la faculté de retirer sa concession. En fait, cependant, la tenure était le plus souvent viagère. Puis elle devint transmissible par succession aux descendants du tenancier; elle finit ensuite par l'être aux collatéraux eux-mêmes. En dernier lieu, l'inaliénabilité, compagne ordinaire de l'hérédité, fit de la tenure un bien dont le tenancier pouvait disposer entre vifs à son gré, sans le consentement du concédant, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux (2). De strictement attachées à la personne qu'elles étaient au début, les tenures se transformèrent ainsi par degrés en biens héréditaires et patrimoniaux. Le droit du tenancier prit solidement racine, se fortifia, acquit la qualité de *jus in re*, de droit dans la chose, avec laquelle il s'identifia de la même manière que le droit de propriété romaine.

98. — L'accroissement du droit du tenancier eut pour contre-partie toute naturelle l'affaiblissement graduel de celui du concédant. Il s'opéra une sorte d'expropriation à son préjudice. Elle n'alla pas toutefois jusqu'à le dépouiller entièrement Son droit coexista, superposé à celui du tenancier, conférant à son titulaire des prérogatives spéciales, également réel, également patrimonial et transmissible. Le résultat de cette coexistence et de cette superposition fut le fractionnement, la division du *dominium* entre le concédant et le tenancier. Chacun d'eux avait sur le fonds un droit réel de domaine; au premier était réservé le *domaine éminent*, encore appelé *domaine de supériorité*, *domaine direct*, *mouvance*, *seigneurie directe*, ou plus simplement *directe* (3); au second appartenait le *domaine utile* ou *seigneurie utile*.

(1) Viollet: *Hist. du dr. civ. fr.*, p. 637.
(2) Esmein: *Cours élém. d'hist. du dr. fr.*, pp. 207 à 216; — Loysel: *Instit. cout.*, liv. IV, tit. 3, max. 1, t. II, p. 26.
(3) Pothier: *Tr. des fiefs*, nos 4 et 8, t. IX, pp. 494 et 495; *Tr. du dr. de dom. de propr.*, n° 3, t. IX, pp. 102-103.

99. — Au XVI[e] siècle, le domaine éminent était encore considéré comme la propriété véritable (1). Cujas et Dumoulin envisageaient le domaine utile, le premier comme un *jus in prædio alieno* (2), le second comme une servitude ou une quasi-servitude (3). Au XVII[e] siècle, Hévin plaçait les deux domaines sur le pied d'égalité (4), et, à la veille de la Révolution, il était vrai de dire avec Pothier que la seigneurie directe d'une chose, en tant qu'elle était considérée comme séparée de l'utile, ne consistait qu'en une seigneurie d'honneur, et le droit de se faire reconnaître seigneur de la chose par ceux qui la possédaient (5). De pleine propriété qu'il était au début, le domaine éminent s'était affaibli au point de n'être plus qu'une sorte de servitude gênante (6), vouée à disparaître avant même que les lois révolutionnaires ne fussent venues décréter son abolition.

Nous déterminerons plus bas les prérogatives qui le constituaient et en combien de catégories il se divisait suivant la nature des contrats qui lui donnaient naissance.

100. — Quant au domaine utile, il conférait à son titulaire « le droit de percevoir toute l'utilité de la chose, en jouir et disposer à son gré, à la charge néanmoins de reconnaître le seigneur direct (7) ». C'est lui que les auteurs désignaient, à la fin de l'ancien droit, sous le nom de domaine de propriété (8).

(1) Pontanus : sur l'art. 33 de la cout. de Blois, cité par Championnière : *De la propr. des eaux cour.*, p. 146, texte et note : « Le domaine est double : le direct et l'utile. Le direct, c'est-à-dire le vrai, le propre et principal domaine. »

(2) Cujas : *de feudis*, liv. I, proem., t. II, p. 1067, 1[re] col.

(3) Dumoulin : sur le titre *de fiefs*, § I, gl. 5, n° 1, t. I, p. 69 : *Et licet feudum sit quasi servitus quædam, ut inquit Gloss...* »

(4) Cité par Chénon : *Les démembr. de la propr. fonc.*, n° 10, p. 30.

(5) Pothier : *Tr. des fiefs*, n° 8, t. IX, p. 495. — Comp. : *Tr. du dr. de dom. de propr.*, n° 3, t. IX, p. 102, où Pothier complète sa définition par ces mots : et d'exiger certains devoirs et redevances récognitifs de la seigneurie.

(6) P. Viollet : *Hist. du dr. civ. franç.*, pp. 655-656.

(7) Pothier : *Tr. des fiefs*, n° 8, t. IX, p. 495.

(8) Pothier : *Tr. du dr. de dom. de propr.*, n° 3, t. IX, p. 103 : « C'est,

Le propriétaire, dans le dernier état du droit, c'était le titulaire du domaine utile.

101. — Le contrat de fief et l'accensement étaient les deux principaux contrats qui donnaient naissance à cette division du *dominium*. Le bail à rente foncière ne produisait pas le même résultat. Il conférait au preneur l'intégralité du droit du bailleur, sous la réserve, au profit de celui-ci, d'une redevance périodique attachée au fonds, qui avait, comme telle, le caractère d'un droit réel.

102. — Les droits réels issus de ces trois catégories de baux, fertiles en dérivés, formaient le droit commun de la France coutumière. Nous aurons à déterminer plus bas leurs attributs, pour leur faire ensuite l'application de notre critérium et examiner s'ils entraient ou non dans le domaine de la possession. Notre seul but dans la première section de ce chapitre, a été d'indiquer les causes les plus efficientes de la multiplicité des droits réels connus de l'ancien droit français : la confusion des droits réels et des droits de créance, la fusion de la souveraineté et de la propriété, l'usage universel des baux perpétuels et à longue durée.

103. — A cette absence de distinction entre les droits réels et les créances, entre la souveraineté et la propriété, à cet usage général des locations perpétuelles ou à long terme, toutes causes qui agissaient, tantôt séparément, tantôt en se combinant, qu'on ajoute le défaut de démarcation précise entre les droits issus de ces sources diverses, l'identité de dénomination pour désigner des droits réels différents, les dénominations différentes données à un même droit suivant les coutumes, les règles de détail et les caractères particuliers variables pour chaque droit avec chacune d'elles, le nombre considérable de ces coutumes, les controverses des jurisconsultes, les décisions con-

à l'égard des héritages, le domaine utile qui s'appelle domaine de propriété. » — Cf. Viollet : *Hist. du dr. civ. fr.*, pp. 655-656.

tradictoires des Parlements, l'obscurité qui en était la conséquence inévitable, et l'on pourra concevoir combien il est difficile de donner des droits réels de l'ancien droit français une notion même sommaire. Vouloir les énumérer avec méthode, en précisant le caractère de chacun d'eux, serait entreprendre une tâche impossible. Tout ce qu'on peut faire pour la clarté de l'exposition, c'est d'en dégager les types généraux. Nous allons l'essayer pour la Coutume de Paris, en distinguant les droits réels issus du droit romain ; ceux qui ont été le produit commun de la confusion des droits réels et des créances et de l'usage général des locations perpétuelles et des baux à longue durée ; ceux enfin qui tirent leur origine de la fusion de la propriété et de la souveraineté (1). Nous en ferons ensuite un classement destiné à nous permettre de les étudier au point de vue de l'objet de la possession. Nous indiquerons enfin la division que nous comptons suivre pour cette étude (2).

(1) Pour toute cette première section, de même que pour celles qui vont suivre, consulter : Garsonnet : *Hist. des local. perpét. et des baux à longue durée*, 3e part., liv. I et liv. II, ch. I, sect. I, pp. 297 à 427 ; — Chénon : *Les démembr. de la propr. fonc.*, ch. I, pp. 15 à 85.

(2) Aux sources de droits réels que nous avons marquées au cours de cette section, nous devrions pour être tout à fait complet en ajouter une autre : le droit canonique. Cette législation a créé un très grand nombre de droits particuliers insoupçonnés des Romains. La plupart d'entre eux se maintinrent jusqu'à la fin de l'ancien droit ; quelques-uns même s'incorporèrent au régime féodal : tels les droits honorifiques accordés « par reconnaissance » aux seigneurs hauts justiciers ; telle la dîme. Un grand nombre de dispositions des *Décrétales* leur sont consacrées en matière possessoire. Il serait fort intéressant de se demander si ces divers droits étaient considérés par le droit canonique comme susceptibles de possession. On trouverait notamment de très curieuses solutions en matière de possession de l'état d'époux (Voy. Esmein : *Le mariage en droit canonique*, t. II, pp. 13 et suiv., et les références citées en note). Nous ne nous en préoccuperons pas néanmoins. En dehors des raisons que nous avons indiquées plus haut et par lesquelles nous expliquons pourquoi nous bornons notre étude au dernier état de l'ancien droit, nous pouvons en invoquer une autre qui suffit à nous justifier : la théorie approfondie de l'objet de la possession en droit canonique ferait à elle seule l'objet de tout un volume. Nous nous contenterons de faire remarquer que les auteurs

SECTION II. — **Les droits réels issus du droit romain.**

104. — Les causes de multiplication des droits réels que nous venons de signaler n'eurent pas pour résultat de faire disparaître les droits réels romains. Ceux-ci se maintinrent, les uns sans recevoir du régime féodal aucune modification appréciable, les autres avec une physionomie nouvelle, appropriée aux nécessités pratiques et mise en harmonie avec le système général de la propriété.

C'est ainsi que les servitudes, tant prédiales que personnelles, se conservèrent pendant tout l'ancien droit,à peu près intactes, avec le caractère de *jura in re aliena*, de choses incorporelles *quæ in jure consistunt*, *quæ solo intellectu percipiuntur* (1).

105. — Se conserva de même la propriété mobilière. Les règles inconnues des Romains auxquelles l'ancien droit la soumit à certains égards ne furent pas une conséquence du régime féodal. Celui-ci ne lui fit subir en aucune manière son influence. Pendant toute la durée de l'ancien régime, la terre seule fut

qui, à notre connaissance, se sont préoccupés de cette question, sont, à une exception près (Savigny : *Tr. de la poss.*, pp. 495 et 496), arrivés à cette conclusion : le droit canonique étendit la *juris possessio* à toute espèce de droits, même aux obligations (Voy. Heusler : *die Gewere*, 5 capit., § 21, pp. 274 à 278 ; — Bruns : *das Recht des Besitzes im Mittelalter*, p. 396 ; — Wodon : *Tr. de la poss.*, n° 356, t. II, p. 58 ; — Saleilles : *L'obligation d'après le Code civil allemand*, n° 89, p. 77 ; — G. Bourcart : *Des actions possessoires en droit français*, n° 59, pp. 141 et s.). — M. Esmein, dans la préface de son ouvrage précité sur le mariage, annonçait la publication prochaine d'une étude sur la possession en droit canonique. Il ne manquera point sans doute d'examiner ce point particulier de la doctrine possessoire de cette législation, et d'établir si la conclusion que nous venons de signaler est ou non justifiée.

(1) Ferrière : *Cout. de Paris*, t. I, p. 1325, n° 23 ; — Pothier : *Tr. des pers. et des ch.*, n° 232, t. IX, p. 87. — Ce sont les seuls droits réels qui aient été dans l'ancien droit un peu nettement distingués des créances. Voy. Chénon : *Les démembr. de la propr. fonc.*, n° 7, pp. 18-19.

un élément important de richesse et un instrument de puissance politique et de supériorité sociale. Les meubles, n'ayant, comparés au sol, qu'une valeur infime, étaient peu recherchés, ainsi qu'en témoignent les adages bien connus : *vilis mobilium possessio ; res mobilis, res vilis*. La propriété mobilière fut, en conséquence, dans l'ancien droit, dégagée du réseau des tenures qui emprisonnait la propriété foncière. Elle était aussi libre, aussi absolue que celle du droit romain. Dans la période à laquelle nous bornerons notre étude sur l'objet de la possession, elle revêtait une forme unique, que Pothier comparait à la propriété allodiale dont nous allons parler. « Il n'y a aujourd'hui, à l'égard des meubles, dit-il, qu'une seule espèce de domaine, qui est le domaine de propriété (1). » Comme le *dominium* romain, ce domaine se confondait du reste avec la chose qui s'y trouvait soumise et prenait place dans la catégorie des choses corporelles, qui, à la différence des servitudes, n'étaient pas de purs êtres intellectuels, mais avaient une existence matérielle et tombaient sous les sens.

106. — La propriété foncière romaine elle-même ne fut pas entièrement bannie de l'ancien droit coutumier. Elle y exista, dégagée de tout lien obligatoire, indemne de tout service seigneurial, soustraite au régime des tenures, sous la forme des *alleux* (2). Quelques terres purent, par exception, dans les pays coutumiers, échapper au moyen âge à l'inféodation générale, et, malgré les efforts tentés pour les faire rentrer dans le droit commun, conserver leur liberté. Dans la suite, la théorie de la *directe royale universelle*, imaginée par les jurisconsultes pour transformer tous les alleux en fiefs ou en censives tenus du roi, com-

(1) Pothier : *Tr. du dr. de dom. de propr.*, n° 3, t. IX, p. 102.

(2) Ferrière : *Cout. de Paris*, t. I, p. 1007, n° 2 : « Le franc-alleu est un héritage qui n'est sujet à aucuns devoirs ni droits seigneuriaux, tant honorifiques, comme la foy et hommage, que pécuniaires, comme cens, quint, relief, lods et ventes, ou autres semblables, en reconnaissance de directe seigneurie... »

promit gravement leur existence (1). Ils purent néanmoins se maintenir jusqu'à la fin de l'ancien droit et relier ainsi par une chaîne ininterrompue le *dominium* romain à la propriété foncière absolue, rétablie par le Code civil. Les terres allodiales étaient entièrement libres. D'où le nom de *francs-alleux*, sous lequel on les désignait. On concevait néanmoins si difficilement dans l'ancien droit qu'une terre ne relevât d'aucun seigneur qu'on considérait les alleux eux-mêmes comme des tenures : on disait des alleutiers qu'ils tenaient leurs terres franchement de Dieu (2).

107. — A l'époque des coutumes rédigées, les alleux étaient divisés, suivant la nature des prérogatives qu'ils conféraient à leurs propriétaires, en deux catégories : ils étaient *nobles* ou *roturiers*.

Les alleux nobles étaient ceux qui avaient justices annexées, censives dans leur dépendance, ou fiefs dans leurs mouvances. C'étaient des terres ne relevant d'aucun seigneur, ne reconnaissant pas même le roi pour suzerain, « fors quant à la justice (3) ». Ils portaient donc très accentuée l'empreinte du régime féodal ; ils ne représentaient pas la propriété romaine. Celle-ci se retrouvait seulement dans les alleux roturiers, terres aussi libres, aussi indépendantes que les alleux nobles, mais qui n'avaient ni justices annexées, ni censives dépendant d'elles, ni fiefs dans leurs mouvances. Leurs détenteurs, les alleutiers,

(1) Chénon : *Etude sur l'hist. des alleux en Fr.*, ch. IV, nos 44 à 49, pp. 202 à 226.

(2) Guy Coquille : *Cout. de Nivernais*, sur l'art. 1 du chap. VII, p. 209. Boutillier : *Somme rurale*, I, 84, p. 490, citée par Esmein : *Cours élém. d'hist. du dr. fr.*, p. 217, note 1.

(3) Esmein : *Cours élém. d'hist. du dr. fr.*, p. 217 : « le justicier qui ne relevait pas d'un autre seigneur (et c'était là le cas de l'alleutier) relevait nécessairement du roi quant à la justice ». — Loysel : *Instit. cout.*, liv. I (rédigé par MM. Dupin et Laboulaye), tit. I, max. 3, t. I, p. 4 : « Toute justice émane du roi ».

ne pouvaient, en cette qualité, rien exiger de personne ; ils n'étaient, comme tels, seigneurs d'aucun vassal ; mais ils n'étaient non plus vassaux d'aucun seigneur ; personne ne pouvait rien exiger d'eux ; leurs terres ne relevaient que de Dieu, sauf cependant encore quant à la justice (1). Ils avaient un droit absolu s'identifiant avec le sol qui lui servait d'assiette. On ne parlait jamais du droit d'alleu ; on disait toujours : l'alleu, ou le franc-alleu, et par là l'on entendait la terre même, l'héritage qui s'y trouvait soumis. Le droit de l'alleutier sur son sol était donc une chose corporelle.

108. — En dehors des servitudes prédiales et personnelles, de la propriété mobilière et de l'alleu, il faut encore citer, comme ayant une origine romaine, ou comme ayant tout au moins leurs analogues dans le droit romain, les droits réels accessoires de gage et d'antichrèse, le droit de rétention et l'hypothèque (2). Nous n'avons parlé dans le droit romain, ni de l'antichrèse, ni du droit de rétention en tant que droits réels. C'est que, dans cette législation, l'antichrèse n'était qu'une simple convention par laquelle un créancier obtenait le droit de garder les fruits d'une chose appartenant à son débiteur pour lui tenir lieu d'intérêts (3). Quant au droit de rétention, il n'était rien

(1) Le propriétaire d'un alleu auquel la justice n'était pas annexée était le justiciable du seigneur dans le territoire duquel était situé son bien (Esmein : *Cours élém. d'hist. du dr. fr.*, p. 218).

(2) Pothier : *Tr. de l'hypot.*, n[os] 1 et 2, t. IX, p. 423 : « *L'hypothèque* ou *droit de gage* est le droit que le créancier a dans la chose d'autrui, qui consiste à pouvoir la faire vendre, pour, sur le prix, être payé de sa créance. *Ce droit d'hypothèque est un droit réel dans la chose, jus in re.* Il y a deux espèces d'hypothèques, celle qu'on appelle *nantissement*, *pignus*, et celle qu'on appelle proprement hypothèque. » N° 208, t. IX, p. 481 : « Le *nantissement* est une espèce de gage qui se contracte par la tradition qui est faite au créancier de la chose qu'on lui engage. » — Le gage, l'hypothèque, l'antichrèse proviennent autant du *mortgage* et du *vif gage*, sûretés d'origine germanique, que des sûretés romaines. Voy. Viollet : *Hist. du dr. civ. fr.*, p. 733 et s.

(3) Marcianus : *libr. sing. ad form. hyp.* D., *de pignor. et. hyp.*, XX, 1, 11, 1 ; — May : *Elém. de dr. rom.*, n° 217, note 7, p. 436.

autre chose qu'une application particulière de l'exception de dol. Ce n'étaient donc pas des droits réels. Dans l'ancien droit, au contraire, ils affectaient ce caractère (1). C'étaient, comme le gage et l'hypothèque, des *jura in re, quæ solo intellectu percipiuntur*. Ils méritaient, à ce titre, de trouver place dans l'énumération des droits réels issus de la législation romaine.

109. — Quant aux autres droits réels romains, ils se transformèrent sous l'influence du droit féodal et du droit coutumier. On ne les retrouve plus dans l'ancien droit avec leur caractère primitif. Ils revêtirent dans les coutumes les formes originales de ces droits réels nombreux nés des locations perpétuelles et des baux à longue durée dont nous allons maintenant parler.

SECTION III. — Les droits réels nés sous la double influence de la confusion des droits réels avec les créances et de l'usage général des locations perpétuelles et à longue durée.

110. — L'usage général des locations perpétuelles et des baux à longue durée, ajoutant à son influence propre celle de la confusion des droits réels et des créances, fut assurément la cause la plus efficiente de la multiplication des droits réels dans l'ancien droit. Très nombreux sont ceux auxquels il donna naissance. Ils peuvent cependant se ramener à trois types principaux, dont tous les autres ne sont que des variétés : ce sont les *directes* ou *domaines éminents*, les *rentes foncières* et le *domaine utile*.

(1) Pothier, *Tr. de l'hyp.*, nos 229 et 231, t. IX, p. 488 : « L'antichrèse est un droit dans la chose aussi bien que le droit d'hypothèque. » Dumoulin : sur la cout. de Paris, titre XI, art. 138, n. 16 et 17, cité par MM. Baudry-Lacantinerie et Deloynes : *Du nant., des priv. et hyp.*, n° 228, t. I, p. 72 : « *Jus retentionis est reale quia praefertur omnibus proprietariis et directis et utilibus, et omnibus creditoribus etiam hypothecariis, etiam hypotheca expressa nedum tacita.* »

111. — Dumoulin, dont le commentaire de l'ancienne Coutume de Paris sur le titre *de fiefs* servit de base à la réformation de 1580, distinguait deux sortes de domaines éminents : la *directe féodale* et la *directe censuelle*. « *Duo sunt genera dominii directi, videlicet feudale et censuale* (1). » Les commentateurs de la Coutume nouvelle professaient la même opinion, qui était généralement suivie dans le reste des pays coutumiers. En précisant les attributs de ces deux directes, nous aurons donc une idée générale exacte du démembrement de la propriété foncière qu'on désignait sous le nom de domaine éminent.

112. — Le droit réel de directe féodale avait son origine, ainsi que son nom l'indique, dans le contrat féodal ou bail à fief. Dans le dernier état du droit, le fief était, selon une définition classique, empruntée par Dumoulin à Raynaldus, « la concession gratuite d'un héritage ou d'un droit immobilier équivalent, avec translation du domaine utile et rétention de la directe, sous la condition de fidélité et prestation de services (2) ». La directe retenue par le seigneur concédant créait à son profit diverses prérogatives. La première d'entre elles, et la seule qui, dans le dernier état du droit, fût de l'essence du fief, était le droit d'exiger du vassal la foi et hommage (3). A l'époque de la féodalité militaire, la foi et hommage était une promesse

(1) Dumoulin : sur le titre *de censive et droits seigneuriaux*, n° 1, t. I, p. 668.

(2) Dumoulin : sur le titre *de fiefs*, n° 114, t. I, p. 25 ; Pothier : *Tr. des fiefs*, n° 7, t. IX, p. 495 : « Dumoulin nous apprend quelle est la nature des fiefs tels qu'ils sont aujourd'hui, par la définition qu'il nous en donne et qu'il a empruntée à Raynaldus : *Feudum*, dit-il, *est benevola, libera, et perpetua concessio rei immobilis, vel æquipollentis, cum translatione utilis dominii proprietate retenta, sub fidelitate et exhibitione servitiorum.* » Cf. Ferrière : *Cout. de Paris*, t. I, p. 44, n° 9.

(3) Loysel : *Instit. cout.*, liv. IV, tit. 3, max. 4, t. II, p. 28 : « Tout nouveau vassal doit la foi à son seigneur, et lui en faire quelque reconnaissance. » Pothier : *Tr. des fiefs*, n° 1, t. IX, p. 493 : « Les *immeubles féodaux* ou *fiefs* sont ceux qui sont tenus à la charge de foi et hommage. »

solennelle que le vassal faisait à son seigneur de lui être fidèle. A celle où nous nous plaçons, le droit de guerre n'appartenant plus qu'au roi, cette promesse de servir le seigneur à la guerre avait disparu. La foi et hommage n'était plus qu'une « reconnaissance solennelle de la tenure du fief (1) ».

113. — A côté de la foi et hommage, se plaçaient, comme autre élément constitutif de la directe féodale, diverses prestations qui, depuis le XVI[e] siècle, étaient purement pécuniaires. On les désignait sous le nom de *profits de fief* (2). Ces profits consistaient en redevances casuelles dues au seigneur à chaque changement de vassal : le droit de *rachat* ou de *relief*; le droit de *vente* ou de *quint*. Les uns étaient contemporains de l'établissement du régime féodal ; ils avaient leur origine dans la règle primitive de l'inaliénabilité des fiefs. Les autres s'étaient substitués, au moment où la féodalité devint une institution purement privée, à l'ancien *service d'ost*, exigeant que le vassal fût avant tout un homme de guerre.

Si l'on ajoute à ces deux catégories de prérogatives le droit pour le seigneur de réunir, dans des cas déterminés, le domaine utile au domaine éminent, et de rentrer ainsi dans la pleine propriété de la terre, par la voie du retrait, de la saisie féodale ou de la commise, on aura une idée générale précise des éléments constitutifs du droit de directe féodale (3).

114. — Au-dessous de la directe féodale, et placée au second rang dans la hiérarchie des tenures, venait la directe censuelle, réservée au profit du bailleur dans le bail à cens ou contrat d'accensement. A la différence de l'inféodation, dont le but primitif avait été l'organisation militaire et judiciaire de la société féodale, l'accensement fut de tout temps un mode d'exploitation économique, une amodiation du sol (4). Le propriétaire d'un

(1) Pothier : *Tr. des fiefs*, n° 9, t. IX, p. 497.
(2) Pothier : *Tr. des fiefs*, n° 408, t. IX, p. 602.
(3) Cf. Garsonnet : *Hist. des locat. perpét.*, p. 392.
(4) Esmein : *Cours élém. d'hist. du dr. fr.*, p. 211.

alleu noble ou le vassal y avait recours pour se procurer, non un vassal, mais un tenancier qui fît valoir ses terres. Il transférait au preneur le domaine utile en se réservant une directe qui avait pour caractère essentiel d'être récognitive de sa seigneurie : la directe censuelle. Si la terre concédée était un alleu noble, cette directe n'avait pas d'autre caractère. Si, au contraire, le concédant avait lui-même reçu d'un autre concédant, à titre de fief, l'héritage accensé, le domaine éminent réservé dans le bail à cens était tout à la fois une directe et un domaine utile. Il était une directe dans les rapports des deux parties qui figuraient au contrat d'accensement : le seigneur censier et le preneur censitaire ; il était un domaine utile dans les rapports du suzerain et du vassal qui avait accensé sa tenure en fief ; domaine de supériorité à l'égard du censitaire, il était domaine utile à l'égard du suzerain.

115. — Que la tenure accensée fût un fief ou un alleu, l'accensement ne donnait en aucun cas au seigneur censier le droit à la foi et hommage ; celle-ci était caractéristique de la tenure en fief (1); mais il lui conférait le droit à des redevances pécuniaires. Une seule appelée *cens* était essentielle (2). Le cens consistait en une prestation fixe, peu élevée, et payée annuellement par le censitaire en signe de reconnaissance de la directe du seigneur censier (3). En fait, cependant, cette redevance n'était pas unique. Elle était accompagnée de plusieurs autres affectant des caractères très différents. C'étaient le *surcens*, représen-

(1) Voy. Chénon : *Les démembr. de la propr. fonc.*, n° 15, p. 41.

(2) Pothier : *Tr. des cens*, n°s 1, 2 et 29, t. IX, pp. 751-752 et 762; — Chénon : *Les démembr. de la propr. fonc.*, n° 15, p. 43 ; — Viollet : *Hist. du dr. civ. fr.*, p. 687.

(3) « En cela le bail à cens diffère du simple bail à rente foncière, lequel ne contient la réserve d'aucune seigneurie directe de l'héritage, mais d'une simple redevance foncière. » Pothier : *Tr. des cens*, n° 2, t. IX, p. 752. D'une part le cens ne confère pas de droit à la foi et hommage ; d'autre part, il confère une directe ; voilà ce qui le sépare à la fois du fief et de la rente foncière. Cfr. Garsonnet : *Hist. des locat. perpét.*, pp. 403 et 404.

tatif des revenus du fonds ; les profits censuels et notamment le *relief* et les *lods et ventes*, droits de mutation analogues au relief et au quint féodaux. Le paiement de ces diverses redevances était assuré par des amendes, que le seigneur pouvait infliger au censitaire (1). Comme le seigneur de fief, le seigneur censier pouvait parfois aussi reprendre le domaine utile, quoique dans des circonstances différentes (2). Il se réservait enfin comme dernier attribut de la directe censuelle, les droits honorifiques de la propriété et principalement le droit de chasse (3).

116.— Les diverses personnes dont nous avons eu, dans cette section et dans la précédente, l'occasion de parler : propriétaire d'un alleu noble ou roturier, vassal, censitaire, pouvaient disposer largement de leurs héritages fonciers. S'ils en faisaient, au profit d'un tiers, l'abandon complet, ce tiers leur était substitué et devenait à leur place alleutier, vassal ou censitaire ; il acquérait dans son intégralité le droit des aliénateurs ; ceux-ci ne conservaient sur l'immeuble aucun droit réel. Mais ce mode d'aliénation complète n'était pas d'une grande fréquence. Le plus souvent, pour des raisons d'ordre divers, particulières à l'ancien droit (4), ils transféraient leur domaine sous la réserve d'une redevance périodique en argent ou en fruits. Cette redevance constituait une *pars quædam dominii*, ou, selon l'expression de Pothier, « une espèce de démembrement de l'héritage (5) » retenu dans l'aliénation du fonds. C'était le droit réel de rente foncière (6), *census reservativus*, né du bail à rente que

(1 Pothier : *Tr. des cens*, nos 16 et s., 34 et s., t. IX, pp. 758 et s., 764 et s.

(2) Chénon : *Les démembr. de la prop. fonc.*, n° 16, p. 45.

(3) Chénon : *eod. loc.*, p. 46.

(4) Difficulté de placer les capitaux mobiliers à raison de la prohibition du prêt à intérêt ; nécessité de conserver dans les familles les héritages propres, et surtout nécessité pratique d'éluder l'application de la règle *cens sur cens n'a lieu* (Esmein : *Cours élém. d'hist. du dr. fr.*, p. 689).

(5) Pothier : *Tr. du contrat de bail à rente*, n° 107, t. IV, p. 204.

(6) En cela la rente foncière différait de la rente constituée, qui, dans le

l'on peut définir en s'inspirant de Pothier : « un contrat par lequel l'une des parties baille et cède un héritage et s'oblige de le faire avoir au preneur à titre de propriétaire, sous la réserve d'un droit de rente annuelle d'une certaine somme d'argent, ou d'une certaine quantité de fruits, que le bailleur retient sur ledit héritage et que l'autre partie s'oblige réciproquement de lui payer, tant qu'elle en demeurera détenteur (1) ».

Ce droit de rente présentait des caractères différents suivant que le fonds aliéné par le contrat était un alleu noble ou roturier, une censive ou un fief. De là étaient nées plusieurs variétés de ce droit réel : rentes purement foncières, rentes féodales, rentes seigneuriales (2). Ces variétés ne présentant aucun intérêt pour notre étude, nous nous bornons à les signaler. La Coutume de Paris et l'ordonnance de 1667 ne les distinguaient pas au point de vue possessoire. Elles parlent des rentes d'une manière générale sans autrement les qualifier.

117. — Nous ne saurions quitter les directes et les rentes sans signaler le droit réel de champart, que Pothier définissait « une redevance foncière qui consiste dans une certaine quotité de fruits qui se recueillent sur l'héritage qui en est chargé (3) ». Il s'établissait par un bail analogue au bail à rente foncière et présentait cette particularité de constituer, selon les circonstances, soit une variété de censive, soit une variété de rente foncière (4). « Le champart, disait Pothier, est quelque-

dernier état du droit, était une simple créance. Pothier : *Tr. de la prescr.*, n° 132, t. IX, p. 365 ; — E. de Laurière : *Textes des cout. de la prév. et vic. de Paris*, sur l'art. 97, t. I, pp. 162 et 163.

(1) Pothier : *Tr. du cont. de bail à rente*, n° 1, t. IV, p. 170.

(2) Ferrière : *Cout. de Paris*, t. I, p. 1304, n° 10 : « Il faut observer que les fiefs, de même que les rotures se peuvent donner à rente foncière non rachetable. » V. Merlin : *Répertoire*, V° *Rente seigneuriale*, t. 27, p. 293 : « C'est une rente foncière d'une espèce particulière ». Elles étaient, du reste, extrêmement difficiles à distinguer. Voy. Viollet : *Hist. du dr. civ. fr.*, pp. 674 et s., *Des cens et des rentes*.

(3) Pothier : *Tr. des champ.*, n° 1, t. IX, p. 784.

(4) Chénon : *Les démembr. de la propr. fonc.*, n° 17, p. 48 ; — Garsonnet : *Hist. des locat. perpét.*, p. 425.

fois un droit seigneurial ; quelquefois il ne l'est pas. Lorsque l'héritage, qui en est redevable, n'est chargé d'aucun cens, et que le champart est la première redevance dont l'héritage est chargé, il est en ce cas censé avoir été retenu sur l'héritage, non seulement comme un droit utile, mais encore comme un droit récognitif de seigneurie, que s'est retenu celui qui a donné l'héritage à ce titre ; et conséquemment, le champart est, en ce cas, un droit seigneurial. Si l'héritage redevable du champart est aussi chargé d'un droit de cens, soit envers le même seigneur à qui le champart est dû, soit envers un autre seigneur, en ce cas le cens est censé être la première redevance et la redevance seigneuriale : car c'est la nature du cens d'être récognitif de la seigneurie, et il ne serait pas proprement *cens* sans cela ; en ce cas, le champart n'est pas seigneurial, mais une simple redevance foncière ; car un même héritage ne peut être tenu de deux redevances seigneuriales, ni relever de plus d'une seigneurie (1). » A raison de ce double caractère, le champart méritait une mention expresse.

118. — La directe féodale, la directe censuelle et la rente foncière étaient les trois types généraux des droits réels nés dans les pays coutumiers sous l'influence des locations perpétuelles. Ils avaient tous ce caractère commun de constituer des démembrements de la propriété foncière (2), des *jura in re* distincts du sol sur lequel ils portaient, des choses incorporelles. Il est indispensable de mettre en relief cette idée, qui présente une grande importance pour notre étude, car nous savons déjà, par ce qui a été dit au début de notre introduction, que la possession proprement dite était, dans l'ancien droit, considérée comme la détention d'une chose corporelle.

Tous les autres droits réels des pays coutumiers qui eurent

(1) Pothier: *Tr. des champ.*, n° 2, t. XI, p. 785 ; Cfr. Garsonnet : *Hist. des locat. perp.*, p. 403.

(2) Voy. Chénon : *Les démembr. de la propr. fonc.*, ch. I.

pour origine l'usage général des locations perpétuelles ou à long terme, à l'exception du domaine utile, que nous avons défini plus haut et dont nous allons reparler, ou se confondaient avec ceux que nous venons d'indiquer, ou n'en étaient que des variétés. Il en était ainsi de la directe particulière que plusieurs auteurs modernes (1), suivant en cela Merlin (2), désignent sous le nom de directe privée, et qui naissait du contrat d'emphytéose. L'emphytéose était au nombre de ces droits réels romains que s'approprièrent la féodalité et les coutumes, en leur faisant perdre leur caractère primitif. La Coutume de Paris et la généralité de pays coutumiers la confondirent soit avec la censive, soit avec la rente foncière. « L'emphytéose perpétuelle est un vrai bail à censive ou un vrai bail à rente, disait Hervé, suivant que bailleur est ou seigneur de fief ou propriétaire de rotures (3). » Quant à l'emphytéose temporaire, malgré la diversité de réglementation qu'aurait dû entraîner la limitation mise à la durée des droits de l'emphytéote, il n'apparaît pas que l'ancien droit l'ait traitée autrement que l'emphytéose perpétuelle (4). Aussi les commentateurs de la Coutume de Paris la nommaient-ils à peine. Ce n'est que dans des cas très particuliers et tout à fait exceptionnels que le contrat d'emphytéose se distinguait de l'accensement ou du bail à rente foncière. En étudiant, au point de vue de l'objet de la possession, la directe

(1) Garsonnet : *op. cit.*, p. 403 ; — Chénon : *op. cit.*, pp. 49 et s.

(2) Merlin : *Répert.*, t. VIII, p. 95, V° *Directe.*

(3) Hervé : *Théor. des mat. féod. et cens.*, t. II, p. 329, cité par Chénon : *Les démembr. de la propr. fonc.*, n° 18, p. 52. *Adde* : Merlin : *Répert.*, V° *Emphytéose*, t. X, p. 230 : « En France l'emphytéose faite par un seigneur d'un héritage qui fait partie de son domaine féodal a le même effet que le bail à cens. L'emphytéose faite par le simple propriétaire qui tient son héritage en censive, est ordinairement confondue avec le bail à rente foncière. » — Viollet : *Hist. du dr. civ. fr.*, pp. 662-665. Dans les pays du midi, la directe emphytéotique ou privée existait, au contraire, très distincte des autres directes que nous avons étudiées plus haut.

(4) Chénon : *Les démembr. de la propr. fonc.*, n° 20, p. 54.

censuelle et la rente foncière, nous étudierons donc en même temps la directe emphytéotique ou privée (1).

Nous en dirons autant de la *directe* qualifiée de *simplement seigneuriale*. Il résulte des explications des auteurs qui l'ont étudiée qu'elle n'était au fond qu'une variété de la directe censuelle et qu'elle obéissait aux mêmes règles. La différence essentielle qui les séparait se manifestait surtout dans leur origine (2).

119. — Quant au domaine utile, nous savons déjà que, par suite de l'expropriation qui se produisit au cours des siècles au préjudice des concédants de tenures, c'est lui qui constituait, à la fin de l'ancien droit, le domaine de propriété. A chaque domaine éminent correspondait un domaine utile particulier. Les auteurs cependant ne les distinguaient pas. Ils considéraient le domaine utile comme unique et appartenant à celui qui se trouvait en contact immédiat avec le sol (3). C'est ce qui résulte

(1) La directe privée naissait aussi, selon MM. Garsonnet et Chénon, du bail à vie, du bail à longues années et du contrat de superficie (Voy. Garsonnet : *Hist. des locat. perpét.*, pp. 418, 419 et 420 ; — Chénon : *Les démemb. de la propr. fonc.*, n° 20, pp. 54, 55 et 56). Nous n'avons rien trouvé, ni dans les commentateurs de la Coutume de Paris, ni dans Pothier, qui permette d'affirmer que le droit commun de la France coutumière ait envisagé les droits nés de ces divers contrats autrement que comme des variétés du domaine utile ou de la servitude personnelle d'usufruit. Conformément au programme que nous nous sommes tracé au début de cette seconde partie, nous croyons devoir nous en tenir à Pothier, qui, à défaut de profondeur juridique, a eu le mérite de donner à l'ancien droit toute la clarté compatible avec la confusion qui le caractérise. Or, Pothier ne reconnaît d'autres directes que la féodale et la censuelle. « Les biens immeubles, dit-il, se divisent, par rapport à la manière dont ils sont tenus, en *féodaux*, *censuels* et *allodiaux*. Les *immeubles féodaux* ou fiefs sont ceux qui sont tenus à la charge de foi et hommage. Les *censuels* sont ceux qui sont tenus à la charge d'une redevance pécuniaire, en reconnaissance de la seigneurie du seigneur dont ils sont tenus. » (Pothier, *Tr. des fiefs*, n° 21, t. IX, p. 493.)

(2) Chénon : *Les démemb. de la propr. fonc.*, n° 17, p. 47.

(3) Viollet : *Hist. du dr. fr.*, p. 654. Exceptionnellement le domaine utile du vassal qui avait sous-inféodé ou accensé sa tenure en fief ne se confondait pas avec le sol ; mais il n'avait la nature de domaine utile, nous l'avons vu plus haut, que vis-à-vis du suzerain.

de la définition que nous en avons donnée plus haut d'après Pothier. Il est évident que celui-là seul qui détenait la chose en pouvait percevoir toute l'utilité. De même que le *dominium* romain, et c'est là ce qui nous intéresse le plus, il se confondait avec la terre qui s'y trouvait soumise, et se rangeait dans la catégorie des choses corporelles.

120. — Si, en terminant cette section, nous récapitulons les droits réels que nous avons indiqués comme nés sous la double influence de la confusion *de jura in re* avec les créances et de l'usage général des locations perpétuelles et des baux à long terme, nous voyons qu'en définitive, ils se ramènent à quatre essentiels : la directe féodale, la directe censuelle, et les rentes foncières, qui étaient des choses incorporelles ; enfin le domaine utile, confondu en général avec l'héritage qui lui servait d'assiette, et rangé comme tel parmi les choses corporelles.

SECTION IV. — Les droits réels nés de la confusion de la propriété et de la souveraineté.

121. — Les divers droits que nous avons énumérés jusqu'ici ne forment pas la liste générale complète des droits réels connus de l'ancien droit. Il faut y ajouter ceux dont la confusion de la souveraineté et de la propriété fut l'unique origine (1).

(1) Pothier : *Tr. de la comm.*, n° 68, t. VII, p. 79, après avoir dit que « les droits que nous avons dans un héritage » tels que les directes seigneuriales, le droit de champart, les droits de rentes foncières, les servitudes, les droits d'usufruit, d'usage, etc. — doivent suivre la nature de l'héritage, et être, comme lui, de la classe des biens immeubles, ajoute, en effet : « il en est de même des droits qu'on a dans un territoire tels que les droits de justice, de banalités, de corvées, etc... ». — Nous aurions pu, à vrai dire, rattacher aux fiefs la plupart des droits dont il va être parlé dans cette section. Ils étaient presque tous à l'époque féodale des prérogatives du domaine éminent (Voy. *infrà*, n° 149). Néanmoins, pour plus de clarté, nous avons cru devoir en faire une étude à part.

Nous avons fait remarquer que cette confusion constituait un des traits caractéristiques du système féodal et qu'elle entraîna comme conséquence l'appropriation et la patrimonialité de la puissance publique. A l'époque où la féodalité politique atteignit son apogée, tantôt la puissance publique était rattachée comme un appendice à certains fonds ; « tantôt elle constituait une propriété distincte et ayant une existence propre (1) ». Dans les deux cas elle entrait dans la fortune des particuliers sous forme de *seigneurie*. La seigneurie, second élément constitutif du régime féodal, — le fief en était le premier, — n'était autre chose, en effet, que la souveraineté ou un démembrement de la souveraineté qui avait passé dans le patrimoine de certains individus (2) ».

122. — Cette appropriation de la souveraineté suivit une évolution parallèle à celle des tenures féodales, dont la seigneurie revêtait la forme, étant toujours tenue en fief, soit d'un seigneur, soit du roi (2). Sous les Mérovingiens, les officiers royaux étaient destituables à volonté. En fait toutefois, ils conservaient souvent leurs fonctions pendant une longue suite d'années. Les rois de la seconde race les laissèrent les exercer leur vie durant sans les en relever, et la coutume admit comme chose normale et équitable la succession du fils aux fonctions paternelles (3). « Au X[e] siècle, toute fonction publique et toute délégation du pouvoir tendit à se transformer en fief héréditaire (4). » L'étape très courte qui conduit de l'hérédité à la patrimonialité et à la cessibilité fut sans peine franchie et les grands feudataires arrivèrent ainsi, au moment où la féodalité politique et militaire atteignit son plus haut degré de puissance, à l'appropriation complète, soit de la souveraineté tout entière, soit d'importantes

(1) Esmein : *Cours élém. d'hist. du dr. fr.*, p. 180.
(2) Esmein : *Cours élém. d'hist. du dr. fr.*, p. 180.
(3) Esmein : *eod. loc.*, p. 139.
(4) Luchaire : *Hist. des institutions monarchiques de la Fr. sous les premiers Capétiens*, t. I, p. 190, cité par Viollet : *Hist. du dr. civ. fr.*, p. 638.

parcelles de l'autorité publique. De là tirèrent leur origine les guerres privées, les droits fiscaux des seigneurs et les justices seigneuriales, ecclésiastiques et municipales, tous droits qui n'étaient que des démembrements inféodés de la puissance publique (1).

123. — A mesure que le pouvoir royal s'affermit aux dépens de la féodalité, il s'efforça, il est vrai, — et l'on sait de quels succès furent couronnés ses efforts — de reconstituer la souveraineté qu'il avait perdue. Par degrés, les guerres privées disparurent ; les droits fiscaux se réunirent progressivement aux mains du roi pour devenir de véritables impôts, perçus non plus dans l'intérêt particulier et exclusif du monarque, mais principalement en vue de subvenir aux dépenses publiques. Les justices seigneuriales, ecclésiastiques et municipales, perdirent de plus en plus de leur importance. Les théories des *cas royaux*, de la *prévention* et de l'*appel* poursuivirent leur abaissement continu (2), soit en leur enlevant leurs justiciables, soit en leur faisant perdre la qualité de juridictions souveraines, si bien qu'au XVI[e] siècle, elles n'étaient plus, selon l'expression de Guy Coquille, que des « corps sans âme et sans sang » (3). La confusion de la souveraineté et de la propriété ne disparut néanmoins jamais complètement de l'ancien régime. Les seigneurs perdirent leur souveraineté politique et militaire et subirent dans leur souveraineté judiciaire un amoindrissement considérable ; mais ils en conservèrent les profits pécuniaires à titre de droits réels. Les corvées, les banalités, les droits de justice et leurs accessoires, une multitude d'autres avantages dé-

(1) Esmein : *Cours élém. d'hist. du dr. fr.*, 2[e] part., pp. 175 - 310, *passim* et spécialement ch. III, pp. 243 à 265 ; ch. IV, § 2, pp. 276 à 285 ; ch. V, III, p. 297. Les justices seigneuriales subsistaient seules à partir du XVI[e] siècle. Sauf anomalies, les justices ecclésiastiques et municipales avaient disparu. Esmein : *eod. op.*, p. 415. Nous n'aurons donc à nous occuper que des justices seigneuriales.

(2) Esmein : *eod. op.*, pp. 419 et s.

(3) Guy Coquille, cité par M. Esmein : *eod. op.*, p. 429.

signés dans leur ensemble sous le nom de droits seigneuriaux, et dont le nombre est si élevé qu'il nous est impossible de les énumérer (1), existaient encore à la veille de la Révolution dans le patrimoine des particuliers, où ils revêtaient le caractère de droits réels fonciers héréditaires et transmissibles. Nous devons nous demander pour eux, de même que pour ceux que nous avons indiqués dans les deux sections qui précèdent, s'ils font partie du domaine de la possession.

124. — Ils n'étaient pas, du reste, les seuls démembrements de la souveraineté qui figurassent dans la fortune privée. Dans le dernier état du droit, il existait une autre catégorie de biens ayant la même origine, et dont il faut aussi que nous parlions : ce sont les offices.

125. — L'autorité publique reconquise sur les seigneuries par les Capétiens fut conférée à des officiers royaux. Ces officiers, au début, n'étaient pas propriétaires de leurs charges. De même que sous les Mérovingiens, ils pouvaient être révoqués à volonté, et c'était une maxime courante que *service du prince n'est point héritage* (2). Mais il advint pour les offices reconquis sur la féodalité ou établis par les Capétiens ce qui était arrivé précédemment sous les rois de la première et de la seconde races. Après avoir subi des vicissitudes diverses (3), les offices en général, et, en particulier, ceux de finance et de judicature, acquirent une valeur dans le patrimoine des officiers. Ils devinrent successivement vénaux, puis héréditaires, puis

(1) Boutaric : *Tr. des dr. seign. et des mat. féod.*, p. 634, ch. XV de la partie consacrée à la « justice et aux droits qui en dépendent », en énumère *quatre-vingt-dix-sept*, non compris le droit de justice lui-même, les corvées, les banalités et les tailles, et il a le soin de faire remarquer que cette énumération n'est pas limitative. Il la juge suffisante seulement « pour satisfaire la curiosité du lecteur ».

(2) Loysel : *Instit. cout.*, liv. IV, tit. 3, max. 3, t. II, p. 27 ; — Loyseau : *Des offices*, liv. I, ch. X, n° 1, p. 62.

(3) Voy. Esmein : *Cours élém. d'hist. du dr. fr.*, pp. 401 et suiv.

patrimoniaux de la même manière que les tenures féodales (1). Dans le dernier état du droit, les offices pouvaient être cédés entre vifs, à titre gratuit ou onéreux. La seule différence qui les séparât des fiefs, c'est que, théoriquement, c'était leur valeur pécuniaire, non la fonction publique, qui se trouvait dans le commerce (2). Ils constituaient de véritables droits réels, et certains auteurs en faisaient « une tierce espèce de biens mitoyenne entre les meubles et les immeubles ». Ils formaient, à ce titre, une dernière catégorie de choses incorporelles, de droits réels, *quæ in jure consistunt*, sur lesquels nous ne devions pas garder le silence.

SECTION V. — **Classement des droits réels en vue de l'étude de l'objet de la possession dans le dernier état de l'ancien droit. Division de cette étude.**

126. — Voilà le tableau d'ensemble des droits réels reconnus par le système législatif qui a précédé le Code civil. L'esquisse que nous avons essayé d'en faire permet de juger de leur nombre, de leur variété originale et des différences profondes qui les séparaient des droits réels romains. Pour être à même de les soumettre à l'étude qui fait l'objet de notre travail, il nous reste à en opérer le classement.

Les explications qui précèdent vont rendre cette opération facile. Nous avons fait remarquer que les uns s'identifiaient avec la chose qui leur servait d'assiette et que les autres étaient, ainsi que le dit Pothier, de purs êtres intellectuels, *quæ in jure consistunt*, *quæ solo intellectu percipiuntur* (3). Il en était,

(1) Ce résultat fut définitivement consacré par le célèbre édit de 1604, rendu à l'instigation du financier Paulet.

(2) Pothier : *Tr. des pers. et des ch.*, n° 267, t. IX, p. 98 ; — Esmein : *Cours élém. d'hist. du dr. fr.*, p. 408.

(3) Pothier : *Tr. des pers. et des ch.*, n°s 232, 247, 248 et s., t. IX, pp. 87, 93 et s.

en d'autres termes, qui constituaient des *choses corporelles* : c'étaient le domaine utile et l'alleu roturier pour les fonds de terre, la propriété pour les meubles; d'autres étaient envisagés comme des *choses incorporelles* : c'étaient tous les autres droits : la directe féodale, la directe censuelle, la rente foncière et ses variétés, les droits de gage, d'hypothèque, d'antichrèse et de rétention, les servitudes, prédiales et personnelles, les droits seigneuriaux et les offices (1).

Seul l'alleu noble occupe dans cette classification une place à part. Il constituait, selon les circonstances, tantôt une chose corporelle, tantôt une chose incorporelle. Il s'identifiait avec le sol et revêtait, par conséquent, le premier caractère dans l'hypothèse, assez peu fréquente, où l'alleutier n'avait ni accensé, ni inféodé sa terre. Il avait le second caractère si la terre était accensée ou inféodée. La propriété allodiale de la terre noble n'était alors qu'une directe censuelle ou une directe féodale affectant cette particularité de ne pas être en même temps un domaine utile à l'égard du suzerain, ce suzerain faisant défaut. Elle se confondait avec les directes, dont elle n'était qu'une variété. D'où il suit qu'en parlant des choses corporelles immobilières et des directes nous parlerons en même temps du franc-alleu noble.

127. — Ces différences de nature doivent servir de base à notre classement. Nous ferons de cet ensemble de droits deux catégories : dans la première seront placés les droits réels confondus avec leur objet qu'on regardait comme des choses corporelles; la seconde comprendra ceux en qui l'on voyait de purs êtres intellectuels. Cette division nous est dictée par l'idée que les auteurs coutumiers se faisaient de la possession.

Nous avons indiqué, on se le rappelle, au début de notre introduction, que la théorie possessoire des Glossateurs a été acceptée par tous les jurisconsultes coutumiers. La possession dans l'ancien droit français, ou, comme on disait fréquemment

(1) Pothier : *eod. loc.*, 2e part., § II, nos 247 à 267, t IX, pp. 93 à 99.

aussi, la *saisine* (1), était donc la détention d'un objet matériel (2). Comme telle, elle ne pouvait s'appliquer qu'aux choses corporelles. « Posséder une chose, tenir une chose.... étant *rei insistere*, *incubare*, il est évident, disait Pothier, que cela ne peut convenir qu'aux choses corporelles (3). » Mais, de même que le droit romain classique, dont les auteurs coutumiers pensaient reproduire la doctrine, l'ancien droit reconnaissait à côté de cette possession proprement dite, « une espèce de quasi-possession (4) », qui, le plus souvent, du reste, était aussi appelée simplement possession, et qui embrassait dans son domaine les êtres intellectuels *quæ in jure consistunt*, les *jura quæ solo intellectu percipiuntur*. Cette quasi-possession d'un droit consistait dans la jouissance qu'en avait celui à qui il appartenait (5). La question de l'objet de la possession se pose donc, pour l'ancien droit français, identiquement dans les mêmes termes que pour la législation dont l'étude précède. *A priori* et rationnellement, la possession au sens large du terme, était susceptible de s'appliquer à tous les droits sans exception qui pouvaient appartenir à une personne, composer son patrimoine, ou constituer son état civil. On pouvait, en effet, jouir de tous ces droits. Nous allons rechercher, dans le chapitre qui va suivre, en étudiant successivement les choses corporelles, les droits réels, l'état des personnes et les créances, si cette conception rationnelle de l'objet de la possession a été celle de l'ancien droit français dans son dernier état.

(1) A vrai dire on distinguait la *vraie saisine*, la *simple saisine* et la *saisine de droit*. Mais cette distinction est sans intérêt pour notre étude. V. *infrà*, n° 169, le sens général du mot *saisine* tel qu'il est expliqué par Brodeau. Pothier: *Tr. de la poss.*, n° 85, t. IX, p. 292 : « Le terme de *saisine* signifie la même chose que possession. »

(2) Loysel: *Inst. cout.*, glossaire, V[is] *Possession*, *Saisine* ; — Domat : *Lois civ.*, liv. III, tit. 8, sect. 1, n° 1, t. II, p. 188 ; — Ferrière *Cout. de Paris*, t. II, p. 331, n° 5.

(3) Pothier : *Tr. de la poss.*, n° 37, t. IX, p. 278.

(4) Pothier : *Tr. du dr. de dom. de propr.*, n° 214, t. IX, p. 174.

(5) Pothier : *Tr. de la poss.*, n° 38, t. IX, p. 278.

CHAPITRE II

DE L'OBJET DE LA POSSESSION DANS LE DERNIER ÉTAT DE L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS.

SECTION I. — **Les choses corporelles.**

128. — Sous la dénomination de choses corporelles, on désignait, dans l'ancien droit français comme à Rome, l'ensemble des choses matérielles qui existent *in rerum natura*. « Les choses corporelles, dit Pothier, sont celles qui s'aperçoivent par les sens et qui ont un être réel, comme une maison, une métairie, un cheval, une bibliothèque et autres (1). » Elles étaient seules susceptibles de la possession proprement dite. Selon Pothier, cela était évident (2). C'était, en effet, une conséquence directe de la notion possessoire des Glossateurs, universellement admise avant la publication de l'ouvrage de Savigny. Mais ces choses corporelles n'étaient, à vrai dire, que des droits réels de domaine confondus avec leur objet. Cette vérité se dégage nettement des divers ouvrages de l'ancien droit qui ont trait à la possession. Tous parlent de la possession des choses corporelles ; tous parlent aussi de la possession ou de la quasi-possession des choses incorporelles « qui sont celles *quæ in jure consistunt*, qui n'ont qu'un être intellectuel et ne s'aperçoivent que par l'entendement (3). » Mais, quand ils donnent l'énumération de ces diverses choses incorporelles, ils n'y comprennent jamais le droit

(1) Pothier : *Tr. des pers. et des ch.*, n° 232, t. IX, p. 87.
(2) Pothier : *Tr. de la poss.*, n° 37, t. IX, p. 278.
(3) Pothier : *Tr. des pers. et des ch.*, n° 232, t. IX, p. 87.

de propriété allodiale, ni le domaine utile (1) qui constituaient cependant les droits les plus étendus dont une personne pût être titulaire (2). Il s'ensuit que, dans l'ancien droit, la possession, même proprement dite, s'appliquait, en réalité, à des droits. Nous ferons cependant ici ce que nous avons fait pour le droit romain ; nous emploierons le langage consacré par les anciens auteurs.

129. — Par cela même, nous sommes amené à soulever une question qu'il nous a fallu résoudre pour la législation romaine : l'ancien droit considérait-il comme susceptibles d'être possédées toutes les choses qui existent *in rerum natura* ?

Ni la Coutume de Paris, ni aucune autre coutume, ni les ordonnances royales ne permettent de faire à cette question une réponse assurée. Aucun texte ne l'a prévue et, parmi les jurisconsultes coutumiers, un seul, à notre connaissance, s'est demandé « quelles choses sont susceptibles ou non de la possession ». C'est Pothier, qui lui consacre, dans son *Traité de la possession*, un chapitre très court (3). Après avoir établi, comme un principe *évident*, que les choses corporelles seules peuvent être possédées, il ajoute : « même parmi les choses corporelles, il y en a quelques-unes qui ne sont pas susceptibles de possession : telles sont celles qui sont *divini aut publici juris*, comme sont une église, un cimetière, une place publique ». C'est encore l'évidence qui décide le jurisconsulte orléanais à limiter son principe par cette restriction : « Il est évident, dit-il, que ces choses ne peuvent être la matière de la possession

(1) Voy. par ex. Pothier : *Tr. des pers. et des ch.*, nos 247 et s., t. IX, pp. 93 et s.

(2) Pothier : *Tr. du dr. de dom. de propr.*, no 2, t. IX, p. 101 : « il y a plusieurs espèces de *jus in re* qu'on appelle *droits réels*. La principale est le *droit de domaine de propriété* ». L'omission de ce droit parmi les choses incorporelles serait inexplicable s'il ne se confondait pas avec la chose qui s'y trouve soumise.

(3) Pothier : *Tr. de la poss.*, ch. III, no 37, t. IX, p. 278.

des particuliers. » Ces quelques lignes expriment toute la pensée de Pothier sur l'objet de la possession proprement dite. Elles sont la traduction de quelques lois du Digeste que nous avons eu, dans notre première partie, l'occasion de citer. Peut-être y est-il fait quelque abus du critérium de l'évidence. Il nous semble que l'étude de l'objet de la possession était plus compliquée, qu'elle soulevait des questions délicates, qu'elle méritait des développements plus étendus, une force de raisonnement plus grande.

130. — Un premier point est certain : c'est que tous les fonds de terre qui entraient dans le patrimoine des particuliers étaient susceptibles d'être possédés. Leur propriété pouvait, en effet, être acquise au moyen de diverses prescriptions (1), et le trouble apporté à leur simple jouissance donnait lieu à l'action en complainte, qui nécessite la qualité de possesseur chez celui à qui elle compète (2).

Il ne nous paraît pas douteux non plus que les *res divini aut publici juris* étaient placées en dehors du domaine possessoire. Outre que l'on conçoit malaisément qu'un particulier puisse se conduire à leur égard et en tout point comme un propriétaire, *omnia ut dominum gerere*, on ne saurait nier que le fait de s'être ainsi conduit, en admettant qu'il eût pu se produire, n'eût entraîné aucune des conséquences juridiques qui s'expliquent par l'idée de possession.

131. — Mais, entre ces deux catégories d'immeubles, il en existait une troisième, à propos de laquelle la question aurait dû s'élever : il s'agit des immeubles qui faisaient partie du domaine de la couronne. La détention, l'exploitation d'un héritage dépendant de ce domaine entraînait-elle des conséquences juridiques qui lui imprimassent un caractère possessoire ? C'est un point qui nous paraît prêter à la discussion.

(1) Pothier : *Tr. de la prescr.*, nos 7 et s., t. IX, pp. 319 et s.
(2) Pothier : *Tr. de la poss.*, ch. VI, sect. I, t. IX, pp. 292 et s.

Une ordonnance de François Ier du 30 juin 1539, enregistrée au Parlement le 3 juillet de la même année, avait déclaré que « le domaine de la couronne est réputé sacré et ne peut tomber au commerce des hommes » ; qu'en conséquence on n'en a jamais pu rien détacher ni aliéner légitimement, que tout ce qui l'a été y doit être remis, sans que, dans les causes où il en sera question, les juges « n'ayent aucun esgard à quelque possession, jouissance et prescription que ce soit, et par quelque laps de temps qu'elle ayt duré, ores qu'elle excédast cent ans (1) ».

Si les auteurs s'en étaient tenus au texte de cette ordonnance, qui resta en vigueur jusqu'à la fin de l'ancien régime, ils auraient dû être unanimes à déclarer que la détention d'un héritage compris dans le domaine de la couronne ne pouvait entraîner aucune conséquence juridique, ce qui est hors du commerce ne pouvant, en principe, être l'assiette d'aucun droit au profit des particuliers ; que, par suite, les immeubles de la couronne ne pouvaient faire la matière de la possession juridique. C'est la solution générale que nous avons rencontrée dans le droit romain relativement aux *res extra commercium*. Mais il en fut de cette ordonnance comme de beaucoup d'autres ; en pratique on viola fréquemment ses dispositions. A l'époque où elle fut rendue, c'était une opinion courante que toute espèce de choses ou de droits pouvaient être acquis par une possession centenaire ou immémoriale. Par application de cette idée, on décidait que les lois qui déclaraient une chose ou un droit imprescriptible par quelque laps de temps que ce soit ne s'étendaient pas à la possession centenaire ou immémoriale (2). En sorte que ces lois n'empêchaient pas celui qui pouvait établir une telle possession de se dire propriétaire de cette chose ou de ce droit avec autant d'assurance que s'il en rapportait un titre

(1) Isambert, t. XII, p. 570.

(2) Pothier : *Tr. de la prescr.*, n° 278, t. IX, pp. 416 et s. ; — Dunod, part. II, ch. XIV, pp. 213 et s. et spécial. pp. 216, 217 et 219.

d'acquisition. Dumoulin avait prêté à cette doctrine l'appui d'une autorité restée si puissante que Pothier et Dunod de Charnage l'invoquaient encore au XVIII[e] siècle. La possession centenaire ou immémoriale, disait-on, a la force d'un titre et le fait présumer ; elle n'est pas tant une prescription qu'un titre (1). Plusieurs arrêts du Parlement avaient consacré cette doctrine (2), qui fut suivie par un grand nombre d'auteurs, et Loysel en avait fait la maxime : possession centenaire et immémoriale vaut titre (3).

132. — En dehors de la règle posée par Dumoulin, ces auteurs invoquaient une ordonnance de Henri II de l'année 1555, qui, par dérogation au principe établi dans celle de 1539, autorisait les habitants du Dauphiné à se prévaloir de la possession centenaire à l'encontre du roi, conformément à l'usage ancien de cette province (4).

Lefebvre de la Planche faisait remarquer avec raison que, loin d'infirmer la disposition générale de l'ordonnance de 1539, l'ordonnance de 1555 n'avait fait que lui donner une force nouvelle. En créant une exception, elle confirmait la règle (5). Néanmoins, la controverse subsista jusqu'à la fin de l'ancien

(1) Dumoulin : sur le titre *de fiefs*, § XII, n° 14, t. I, p. 218 : *Hujus modi præscriptio (centenaria seu immemorialis) habet vim constituti ; undè nunquam censetur exclusa, etiam per legem prohibitivam, et per universalia negativa et geminata verba, omnem quamcumque præscriptionem excludentia. Adde Consil.* 26, cité par Pothier : *Tr. de la prescr.*, n° 278, t. IX, p. 416 : *non tam est præscriptio quam titulus.*

(2) C'est ce qu'atteste Choppin : *du Domaine,* liv. 3, ch. 9, n° 3, t. II, p. 431.

(3) Loysel : *Inst. cout.*, liv. V, tit. III, max. 18, t. II, p. 126.

(4) C'est ce que dit Lefebvre de la Planche : *Tr. du dom.*, liv. XII, ch. VII, n° 10, pp. 519 et 520. Il en est de même de Salvaing de Boissieu, dans son *Usage des fiefs*, liv. I, ch. 14 ; Cf. Pothier : *Tr. de la prescr.*, n° 288, t. IX, p. 421. Ces divers auteurs ne sont pas d'accord sur la date de cette ordonnance. Les uns la placent en 1555, les autres en 1556. Nous ne l'avons trouvée dans Isambert à aucune de ces deux dates.

(5) Lefebvre de la Planche : *op. et loc. cit.*, n° 11, p. 520.

droit, aussi bien dans la jurisprudence que dans la doctrine. Les uns pensaient qu'aucune prescription ne pouvait être invoquée contre le roi, son domaine étant sacré et hors du commerce des hommes ; les autres que la possession centenaire, créant en faveur du possesseur un titre plutôt qu'une prescription, devait y être applicable (1). La Révolution survint avant que la controverse n'eût été résolue. La conclusion, intéressante à notre point de vue, qu'il paraît permis d'en dégager, c'est qu'il était également douteux que la possession fût applicable aux héritages compris dans le domaine de la couronne.

133. — La difficulté de trouver une solution certaine provient de la confusion entre le droit public et le droit privé, et, par suite, entre le domaine public et le domaine privé, qui caractérisa la société féodale. Elle ne disparut jamais complètement de l'ancienne jurisprudence. La vérité nous paraît néanmoins résider dans une distinction qui fut assez nettement établie à l'égard du domaine royal entre le droit public et le droit privé. « En admettant la théorie du domaine de la couronne, le droit public des XV[e] et XVI[e] siècles n'avait pas exclu la possibilité pour le roi d'avoir un domaine privé. Le premier (2) comprenait toutes les acquisitions qui supposaient nécessairement chez lui la qualité de roi et se réalisaient à ce titre (par exemple, la commise ou la confiscation des fiefs relevant directement de la couronne) ; dans le second pouvaient rester les acquisitions accomplies au profit du roi en vertu d'un titre qui aurait pu également opérer au profit d'un particulier (par exemple, par achat, donation ou legs). Le domaine privé, comme le domaine public, pouvait contenir des seigneuries, puisque celles-ci étaient devenues patrimoniales, et cependant il n'était pas soumis à la règle de l'inaliénabilité ; les biens qu'il comprenait

(1) Voy. Pothier : *Tr. de la prescr.*, n° 288, t. IX, pp. 420 et 421.
(2) Le domaine public.

restaient dans le commerce et le roi pouvait valablement en disposer (1). »

Les choses qui se trouvaient comprises dans le domaine public, alors même qu'elles n'étaient pas des *res publici juris* au sens où l'entendait Pothier (2), ne pouvaient être possédées. Il en était autrement de celles du domaine privé. N'étant pas hors du commerce des hommes, il était logique qu'elles fussent susceptibles d'être possédées. Malgré la confusion qui règne dans l'ancien droit sur cette matière, nous pouvons ainsi, à l'aide de cette distinction, donner à l'égard des choses corporelles immobilières une solution précise et rationnelle : pouvaient être possédées les *res in commercio* ; étaient insusceptibles de possession les *res extra commercium.*

134. — Peu importait, au surplus, que l'immeuble *in commercio* fût un fief, une censive ou un alleu. L'ancien droit, identifiant le domaine utile et le droit de l'alleutier avec leur objet (3), voyait dans la possession, non l'exercice du droit, mais la détention de la chose. Cette détention, prolongée pendant un temps et avec des caractères déterminés, pouvait faire acquérir le domaine de propriété utile ou allodial, suivant que la terre était une censive ou un alleu. Elle était, en outre, protégée en elle-même par la voie de l'action en complainte (4).

(1) Esmein : *Cours élém. d'hist. du dr. fr.*, pp. 331-332.

(2) Pothier donnait à cette expression la signification romaine : choses dont l'usage était commun à tous, comme les *res communes*, mais qui, à la différence de ces dernières, appartenaient en propre au peuple romain, à l'exclusion des autres nations. Voy. Ulp., lib. 10 *ad Edict.*, D., *de verb. sign.*, L, 16, 15. Au XVIe siècle la nation était aussi considérée comme le véritable propriétaire du domaine de la couronne (V. Esmein : *Cours élém. d'hist. du dr. fr.*, p. 330) ; mais toutes les choses qui entraient dans ce domaine n'étaient pas *publici juris* au sens romain, puisque plusieurs d'entre elles, — la citation de M. Esmein qui précède permet de s'en rendre compte, — n'étaient pas *in publico usu.*

(3) Qu'on se rappelle toutefois ce que nous avons dit *suprà*, no 126 *in fine*, de l'alleu noble.

(4) Ordonn. de 1667, tit. 18, art. 1er ; Isambert, t. XVIII, p. 133 : « Si

135.— Dans les pays coutumiers, la condition normale des terres étant la tenure, le détenteur du sol devait s'acquitter envers les seigneurs dont relevait son héritage, des diverses redevances constitutives de la directe. En fait, il pouvait arriver cependant qu'il se fût soustrait à cette obligation. C'était se conduire en propriétaire d'alleu, avoir l'extériorité de la propriété allodiale. Cette extériorité était-elle génératrice de conséquences juridiques impliquant que l'ancien droit la considérait comme une possession juridique?

Pour la Coutume de Paris, la réponse était négative. Les commentateurs considéraient bien cette conduite du détenteur de l'héritage féodal ou censuel comme une « possession de liberté », mais ils ne reconnaissaient à cette possession de liberté aucun effet. Ce n'est pas elle qui permettait au détenteur, nous venons de le voir, d'invoquer le bénéfice de l'action possessoire. Elle n'avait pas davantage pour résultat d'opérer la transformation en alleu du fief ou de la censive. Ce résultat n'aurait pu être obtenu que si l'extinction *per non usum* des directes eût été permise. Or, de droit commun, cette extinction était prohibée par la maxime coutumière bien connue: le cens et la directe sont imprescriptibles (1), dont il est nécessaire, pour la clarté même de nos explications ultérieures, que nous fassions connaître la signification précise.

aucun est troublé en la possession et jouissance d'un héritage ou droit réel, ou universalité de meubles qu'il possédait publiquement, sans violence, à autre titre que de fermier ou possesseur précaire, peut, dans l'année du trouble, former complainte en cas de saisine, et nouvelleté contre celui qui lui a fait le trouble. » — Cout. de Paris, art. 96 : « Quand le possesseur d'aucun héritage ou droit réel réputé immeuble, est troublé et empêché dans sa possession et jouissance, il peut et lui loist soi complaindre, et intenter poursuite en cas de saisine et de nouvelleté dans l'an et jour du trouble à lui fait, et donné audit héritage ou droit réel, contre celui qui l'a troublé. »

(1) Loysel: *Instit. cout.*, liv. V, tit. 4, max. 25, t. II, p. 130; — Cout. de Paris, art. 124.

Les mots *prescription*, *prescriptible*, avaient dans l'ancien droit comme aujourd'hui, un double sens prêtant à l'équivoque. Le jurisconsulte désireux d'exprimer avec clarté sa pensée devait avoir le soin d'indiquer, chaque fois qu'il les employait, quelle signification il entendait leur donner. La définition de la prescription contenue dans l'article 2219 du Code civil convient parfaitement à l'ancien droit : La prescription était un moyen d'acquérir ou de se libérer par un certain laps de temps et sous les conditions déterminées par la loi. Un droit était donc également prescriptible, et quand il pouvait s'acquérir, et quand il pouvait s'éteindre, par l'effet du temps.

Le cens et la directe, de même que tous les autres droits constitutifs du domaine de supériorité, étaient imprescriptibles en ce sens que le fait, de la part du seigneur, d'avoir laissé s'écouler une longue suite d'années sans les exercer, ne pouvait avoir pour résultat de les anéantir. C'est une maxime constante, disait Duplessis, que « le vassal ne saurait jamais prescrire la seigneurie directe, soit féodale, soit de censive, contre son seigneur, pour l'éteindre et pour s'en libérer, par quelque possession de liberté que ce soit, fût-ce même par cent ans (1) ». La règle que le cens et la directe sont imprescriptibles n'avait pas d'autre portée ; elle prohibait la prescription libératoire de la directe (2). Son résultat pratique était de rendre impossible, dans les coutumes où elle était admise, la transformation en franc-

(1) Cout. de Paris, art. 12 ; — Brodeau : *Cout. de Paris*, t. I, pp. 153 et s. ; — Duplessis : *Traités sur la Cout. de Paris*, t. I, p. 107 ; — Pothier : *Des champarts*, arg. du n° 3, t. IX, p. 786 ; *Tr. de la presc.*, n° 285, t. IX, p. 418 ; — Hervé : *Théor. des mat. féod. et cens.*, t. VII, 2e part., p. 558 ; — Chénon : *Et. sur l'hist. des alleux*, p. 97.

(2) Mais si les redevances constitutives de la directe étaient imprescriptibles, la quotité de ces redevances pouvait se prescrire. Le fait de n'avoir payé qu'une somme déterminée pendant un certain temps avait pour résultat de réduire le droit du seigneur à cette quotité. Les anciens auteurs considéraient ce fait comme une possession du tenancier. Ils disaient de lui qu'il était « en possession de ne payer qu'une telle somme » ·

alleu, soit noble, soit roturier, d'un héritage tenu en fief ou en censive. Il en était ainsi dans la Coutume de Paris et dans toutes celles où régnait la maxime : « nulle terre sans seigneur ». Il n'y pouvait exister que des alleux de concession et des alleux d'origine.

136. — Cette règle générale souffrait cependant des exceptions. Plusieurs coutumes, et parmi elles, nous citerons spécialement, celles du Bourbonnais (1) et du Berry (2), de Troyes, de Lorraine et Barrois,etc.,admettaient que le propriétaire d'un fonds pouvait l'affranchir des redevances seigneuriales en cessant pendant un nombre d'années déterminé d'en effectuer le paiement. Cet affranchissement avait pour conséquence de faire du fief ou de la censive un franc-alleu. Il existait dans ces coutumes des alleux dits de prescription. Une terre acquérait ce caractère quand le vassal ou le censitaire l'avait possédée pendant un certain temps sans fournir au seigneur les devoirs auxquels il avait droit (3) ; quand, en d'autres terres, il avait eu l'extériorité de la propriété allodiale. Dans ces coutumes, par conséquent, la possession du droit d'alleu se distinguait de la possession du sol ; le droit d'alleu y était susceptible d'être possédé ; le fait de s'être conduit en alleutier y était générateur d'une conséquence juridique que nous savons être un effet de la possession.

Telle était la solution générale de l'ancien droit pour les droits réels immobiliers identifiés avec leur objet qu'il considérait comme des choses corporelles.

137. — Que doit on dire des choses mobilières ? Cette ques-

(1) Chénon : *Et. sur l'hist. des alleux*, nº 25, p. 121, — Cout. de Troyes, art. 51.

(2) Cout. de Bourb., art. 22, dans Bourdot de Richebourg : *Nouv. cout., gén.*, t. III, p. 1233 ; — La Thaumassière : *Le franc-alleu de la prov. de Berry*, ch. V, p. 8.

(3) Chénon : *Et. sur l'hist. des alleux*, nº 21, p. 97, et ch. III, sect. I, § II.

tion peut, au premier abord, sembler étrange. Les meubles étaient dans le commerce ; leur propriété était libre et absolue comme la propriété allodiale ; et leur qualité de choses corporelles les indique tout naturellement comme l'objet par excellence de la possession qualifiée par les anciens auteurs de proprement dite.

Considérés comme universalité juridique, les meubles étaient en effet, sans nul doute, susceptibles d'être possédés. La Coutume de Paris et l'ordonnance de 1667 accordaient expressément l'action en complainte pour universalité de meubles (1). Mais, il en était autrement, dans le dernier état du droit, des meubles envisagés à titre individuel. Une règle nouvelle, certaine au XVI[e] siècle, qui paraît avoir été introduite au cours du XV[e] par le Châtelet de Paris (2) sous l'influence de nécessités pratiques, « pour l'ordre et l'avantage publics (3) », vint modifier sur ce point les dispositions primitives du droit. Ce fut la règle : « en fait de meubles possession vaut titre ». Son admission eut pour résultat d'entrainer, en matière de propriété mobilière, la confusion du possessoire et du pétitoire. « Dans notre droit français, disait Pothier, lorsque deux parties se disputent une chose mobilière, on entre d'abord dans la question de propriété (4). » D'autre part, la propriété des meubles cessa de s'acquérir par prescription. Bourjon, qui nous a laissé de la règle « en fait de meu-

(1) Cout. de Paris, art. 97 ; ordonn. de 1667, tit. XVIII, art. 1[er], cité *suprà*, p. 117, note 4. Quant à l'hérédité en général, rien, dans l'ancien droit, ne permet de penser qu'on l'ait pratiquement envisagée comme susceptible de possession. L'existence de la saisine héréditaire ne prouve pas plus à cet égard que, dans le droit romain, l'*usucapio pro herede* ou la *bonorum possessio*. La saisine n'avait pas pour objet l'universalité juridique, mais les choses envisagées à titre singulier qui la constituaient. Voy. *infrà*, n[os] 170 et 171.

(2) Henri Beaune : *La cond. des biens*, p. 102, texte et note.

(3) Bourjon : *Dr. comm. de la Fr.*, cité par MM. Tripier et Monnier : *Code civil*, sous l'article 2279, p. 281. Nous n'avons pas trouvé ce passage dans l'édition de Bourjon que nous avons été à même de consulter.

(4) Pothier : *Tr. de la poss.*, n° 93, t. IX, p. 294.

bles possession vaut titre » un commentaire encore bon à consulter aujourd'hui (1), déclare en termes exprès que « la prescription n'est ici d'aucune considération », qu' « elle ne peut être d'aucun usage quant aux meubles (2) ». Si la théorie de Savigny, d'après laquelle il n'y a possession que là où l'exercice d'un droit a pour effet d'entraîner l'interdit ou la prescription, était exacte pour l'ancien droit, il en faudrait conclure que, dans cette législation, à partir du jour où la règle « en fait de meubles.... » fut admise, les meubles cessèrent de faire partie du domaine de la possession juridique. C'est, en effet, la conclusion à laquelle sont arrivés plusieurs jurisconsultes (3). Cette opinion, conséquence d'un principe erroné, est elle-même une erreur. Si l'extériorité de la propriété mobilière, du jour où la règle « en fait de meubles... » s'introduisit, cessa d'être protégée par l'action possessoire et de conduire à la prescription, ce fut pour produire un effet plus catégorique encore. Elle procura l'acquisition immédiate de la propriété. « Par rapport à tels biens, dit Bourjon, la simple possession produit tout l'effet d'un titre de propriété.... La possession vaut titre de propriété, à moins que le meuble ne soit furtif ; la jurisprudence contraire serait préjudiciable au bien public, puisque personne, par rapport aux meubles, n'exige un titre qui soit tout ensemble justificatif et translatif de propriété, et que sur ce chacun se confie et se contente de la possession ; elle est donc suffisante (4). » Quand la jouissance d'une chose en-

(1) Voy. Jobbé-Duval : *Et. hist. sur la revendic. des meubles*, p. 235.

(2) Bourjon : *Dr. comm. de la Fr.*, t. I, p. 911, n° 1.

(3) Molitor : *La possession, etc.*, p. 160 ; —Wodon, *Tr. théor. et prat. de la poss.*, n° 357, t. II, p. 59 : « Par l'article 2279, le Code civil a définitivement consacré quant aux *meubles*, les idées du droit français qui les précédait : *il a écarté les choses mobilières du domaine de la possession juridique.* »

(4) Bourjon : *Dr. comm. de la France*, t. I, p. 911. Certains auteurs, et notamment Brodeau : sur l'article 118 de la Cout. de Paris, étaient cependant d'avis contraire. Bourjon, qui le fait remarquer, ajoute : « J'ai tou-

traîne par elle-même un semblable effet, elle constitue sans conteste une possession. Cet effet est l'un des plus énergiques qui puissent résulter de la présomption de conformité de la réalité avec l'apparence à laquelle se ramènent tous les effets possessoires.

138.— Nous pouvons donc conclure cette première section de notre chapitre en disant que le droit commun de la France coutumière admettait la possession de toutes les choses mobilières ou immobilières susceptibles du domaine de propriété utile ou allodial. Ou, pour employer un langage plus juridique, l'ancien droit envisageait le droit de propriété utile ou allodial comme pouvant être possédé aussi bien quand il s'appliquait aux meubles que lorsqu'il avait des immeubles pour objet.

SECTION II. — **Les droits réels.**

139.— Nous avons à examiner sous cette rubrique les choses incorporelles qui constituaient dans l'ancien droit, soit des démembrements de la propriété : directes, rentes, servitudes prédiales et personnelles, droits réels accessoires (1), soit des démembrements de la souveraineté : justices seigneuriales, droits seigneuriaux et offices.

Ces divers droits étaient-ils considérés comme susceptibles de possession ? Leur simple jouissance entraînait-elle par elle-même une ou plusieurs des conséquences juridiques fondées sur

jours vu cette opinion rejetée au Châtelet ». Comp. Pothier : *Tr. de la prescr* , n°s 199 et s.,t. IX, p. 386 ; — Jobbé-Duval : *Etude histor. sur la revendication des meubles*, pp.203 et s. Mais ces controverses ne peuvent infirmer notre solution. Au contraire. Si les meubles pouvaient être usucapés, il est évident qu'ils pouvaient être possédés.

(1) Nous classons l'hypothèque, *commoditatis causa*, parmi les démembrements de la propriété, bien qu'à vrai dire elle n'ait pas ce caractère, puisqu'elle laisse au propriétaire le *jus utendi*, *fruendi et abutendi*.

la présomption de conformité de la réalité avec l'apparence en laquelle se résument tous les effets possessoires?

Il est possible de donner à cette question une réponse précise et certaine. Voyons successivement les démembrements de la propriété et les démembrements de la souveraineté.

§ 1. — Les démembrements de la propriété.

140. — Pour les directes d'abord, aucun doute ne s'élève. Leur extériorité, le fait d'avoir exercé les diverses prérogatives qui les constituaient, entraînait des conséquences juridiques qui montrent, avec toute la certitude désirable, qu'elles entraient dans le domaine de la possession : elles pouvaient s'acquérir par la prescription et l'action en complainte leur était applicable. Ces deux effets possessoires sont les seuls que personne n'ait jamais sérieusement contestés.

Nous avons vu plus haut que la prescription libératoire de la directe était prohibée. Tel était le sens de la maxime de Loysel : le cens et la directe sont imprescriptibles. Il en était autrement de la prescription acquisitive. L'extériorité du domaine éminent pouvait, dans des cas déterminés, avoir pour résultat de l'établir. L'usucapion en était admise par l'ancien droit. La Coutume de Paris le dit expressément pour la censive dans son article 123 : « Cens portant directe seigneurie est prescriptible par seigneur contre seigneur, et se peut prescrire par trente ans contre âgés et non privilégiés, et par quarante ans contre l'Église, s'il n'y a titre ou reconnaissance dudit cens, ou que le détenteur ait acquis l'héritage à la charge dudit cens (1). » Des dispositions analogues se trouvaient dans la plupart des coutumes et aucun auteur coutumier ne doutait de la possibilité

(1) Les derniers mots de l'article : « S'il n'y a titre, etc... » soulevaient de grandes difficultés d'interprétation ; mais ces difficultés n'ont aucun intérêt à notre point de vue. Voy. Duplessis : *op. cit.*, t. I, pp. 109 et s.

d'acquérir par l'usucapion le droit réel de directe censuelle (1).

Bien que la Coutume de Paris fût muette à son égard, on appliquait la même règle à la directe féodale. On était d'accord pour décider que la disposition de l'article 123, relative au cens, devait être étendue à la mouvance féodale, parce qu'il y avait même raison (2). Et certains auteurs renforçaient cet argument *a simili* en invoquant à son appui l'article 15, titre *des fiefs*, de la Coutume de Nivernais, et l'article 9, titre *des prescriptions*, de la Coutume de Berry, qui contenaient sur ce point une disposition expresse (3).

L'exercice de la directe, soit féodale, soit censuelle, était en outre protégé en lui-même par l'action en complainte. Les articles 96 de la Coutume de Paris et 1er, titre 18, de l'ordonnance de 1667, qui accordaient cette action à tout possesseur d'un héritage ou d'un droit réel, troublé dans sa possession, y étaient applicables (4).

(1) Dumoulin, t. I, p. 217, n° 9, p. 218, n° 12 ; — Guy Coquille : *Instit. au dr. fr.*, tit. *Des prescriptions*, t. I, p. 108 ; — Brodeau : *Cout. de Paris*, sur l'article 123, t. II, p. 279, n° 2. Voy. surtout Hervé : *Théor. des mat. féod. et cens.*, t. VII, 2e part., pp. 624 et s., qui expose dans toute son ampleur la théorie de la prescription de la directe au profit d'un tiers ; — Boutaric : *Tr. des dr. seign. et des mat. féod.*, pp. 15 et s.

(2) Dumoulin : sur le titre *de fiefs*, § 7, n° 23 ; — Le Maistre : *Cout. de Paris*, p. 167; — Duplessis : *op. cit.*, t. I, p. 109; — Auzanet : *Cout. de Paris*, p. 109, cite un arrêt du Parlement du 14 décembre 1643 qui consacra cette solution.

(3) Ferrière : *Cout. de Paris*, t. II, p. 490, n° 14 ; — Eusèbe de Laurière : *Textes de la Cout. de Paris*, t. I, p. 396 ; — Argou : *Instit. au dr. fr.*, titre *Des prescriptions*, t. I, p. 108. Comp. d'Argentré : *Comment. in consuet. duc. Britann.*, sur l'article 221 de l'anc. cout. de Bret., p. 1247 ; — La Thaumassière : *Nouv. comment. sur les cout. de Berry*, p. 431 ; — Dunod : *Tr. des prescr.*, part. III, ch. IX, pp. 332 et s.

(4) Henrion de Pansey : *Dissert. féod.*, V° *Droits seigneuriaux*, § V, t. I, pp. 626 et s., V° *Contrat de fiefs*, § 7, t. I, pp. 434 et 435. Autre conséquence juridique qui s'explique de la même manière : « S'il y a contestation au sujet de l'usage concernant un droit féodal, par exemple, sur une certaine manière de rendre la foy et hommage,... c'est la possession qui décide quand elle n'est point contestée et que le titre

141. — Ces deux conséquences juridiques ne pouvant s'expliquer sans l'idée de possession nous avions donc raison de dire que les directes étaient susceptibles d'être possédées. Tel était l'avis de Ferrière. « Un seigneur, disait-il, qui reçoit le cens pendant trente ans et plus, de celui qui n'était pas son sujet censier, a été pendant ce temps dans une continuelle possession (1). » Il n'était même pas nécessaire qu'il eût exercé toutes les prérogatives dont nous avons parlé et qui figuraient ordinairement parmi les attributs de la directe censuelle ; il suffisait qu'il eût exigé le paiement du *cens*, parce que cette redevance, due *in recognitionem dominii directi*, était seule de l'essence de la directe censuelle. Il en allait différemment, au contraire,de la mouvance féodale, « dont la possession, disait le même auteur, consiste dans la foy et hommage, laquelle ne se rend pas par le vassal tous les ans à son seigneur, mais une seule fois en sa vie à un même seigneur, et dans les anciens aveux et dénombrements, dans les anciens titres de la tenure féodale, et dans la perception des profits féodaux, comme les reliefs, quints et requints, et dans l'exercice des droits qu'un seigneur peut exercer sur le fief qui est en sa mouvance, comme la saisie féodale et autrés (2) ». Ces passages de Ferrière, un des commentateurs les plus autorisés de la Coutume, en même temps qu'ils prouvent que les domaines éminents du fief et de la censive entraient dans le domaine possessoire, montrent bien que l'ancienne jurisprudence française ne voyait pas seulement dans la possession la détention d'une chose ; elle la considérait comme l'extériorité du droit. Si le mot ne s'y trouve pas, la conception s'y rencontre tout entière, très claire, très nettement dégagée de toute idée de pouvoir physique. Posséder

ne paraît point. » Boiceau, *Tr. de la pr. par tém.*, addition au chap. XVII, n° 12, p. 542.

(1) Ferrière : *Cout. de Paris*, t. II, p. 490, n° 13.

(2) Ferrière : *eod. loc.*, n° 14.

une directe, c'était se conduire en fait de la même manière que le seigneur avait la faculté de le faire en vertu de son droit.

142. — De même que les directes, les autres droits nés sous la double influence de la confusion des droits réels avec les créances et des baux à longue durée, étaient susceptibles de possession. C'est toujours l'application du critérium que nous avons formulé au début de notre travail qui nous permet de l'affirmer. Les rentes foncières, les champarts et leurs diverses variétés, pouvaient s'acquérir par la prescription, et le trouble apporté à leur jouissance était réprimé par la voie de l'action en complainte (1). « C'est un principe certain, écrivait Eusèbe de Laurière, qu'il n'y a point de prescription sans possession. Et c'en est une autre qu'on n'est en possession d'une rente que par le paiement des arrérages qu'on en reçoit. Et par conséquent, si je suis payé pendant trente années continuelles des arrérages d'une rente qui ne m'est pas due, j'ai prescrit la rente selon plusieurs de nos auteurs et je puis obliger celui qui me l'a payée de m'en passer titre nouvel et de me la continuer (2). » La Coutume de Paris avait du reste sur ce point une disposition explicite dans son article 113, et Pothier, d'accord en cela avec tous les auteurs, professait que « le droit de champart, comme les autres droits réels, pouvait s'acquérir par la possession de trente ans, en laquelle quelqu'un justifiait avoir été de percevoir le champart sur une terre (3) ». Et, au point de vue de l'action possessoire, le même auteur disait : « Notre complainte peut être intentée non seulement pour les héritages ; elle peut l'être aussi pour les droits réels que nous avons dans un héritage ;... je puis donc, lorsque je suis en possession, par exemple, d'un droit de champart, intenter cette action contre ceux

(1) Cout. de Paris, art. 96 et 113 ; — Pothier : *Tr. de la prescr.*, n° 16, t. IX, p. 322 ; *Tr. de la poss.*, n°s 88 *in fine* et 89, t. IX, p. 293 ; — Ferrière : *Cout. de Paris*, t. I, p. 1522, n° 16.

(2) E. de Laurière : *Textes des cout. de la prév. et vic. de Paris*, t. I, p. 278.

(3) Pothier : *Tr. des champ.*, n° 6, t. IX, p. 787.

qui m'y troubleraient... On doit dire la même chose des rentes foncières (1). »

143. — Il nous reste, pour en finir avec les droits réels que nous avons classés sous la rubrique de démembrements de la propriété, à rechercher quelle solution était admise pour les servitudes et pour les droits de gage, d'hypothèque, d'antichrèse et de rétention.

A l'égard des servitudes réelles, on ne saurait donner une solution aussi nettement affirmative que pour les directes et les rentes. Avant la réformation de la Coutume de Paris, la solution n'était pas douteuse. On suivait la doctrine de Dumoulin sur la possession immémoriale : *possessio centenaria seu immemorialis habet vim constituti*. Les servitudes pouvant être usucapées par une jouissance de cent années, il était incontestable qu'elles entraient dans le domaine de la possession. Mais cette doctrine fut expressément rejetée par l'article 186 de la Coutume nouvelle, disposant que « droit de servitude ne s'acquiert par longue jouissance, quelle qu'elle soit, encore que l'on en ait joui pendant cent ans ». La Coutume de Paris consacra ainsi, en faveur de la liberté naturelle des héritages, la maxime : nulle servitude sans titre, également suivie dans toutes les coutumes muettes (2).

Mais, si la Coutume de Paris déniait la possibilité d'usucaper les servitudes, elle ne leur déniait pas la protection possessoire. L'exercice d'une servitude, s'il présentait des caractères précis, déterminés par la Coutume et par l'ordonnance de 1667, et consacrés par une jurisprudence bien assise, était protégé, contre les troubles qu'on pouvait y apporter, par la voie de l'action en complainte. Il constituait donc une possession juridique (3).

(1) Pothier: *Tr. de la poss.*, n°s 88 et 89, t. IX, p. 293. Cf. Ferrière: *Cout. de Paris*, t. I, p. 1522, n° 16.

(2) Tripier et Monnier: *Code civil*, sur l'article 690, note *a*, arrêt du Parlement de Paris du 6 février 1782.

(3) Ferrière : *Cout. de Paris*, t. I, p. 1524, n° 23 ; — Pothier : *Tr. de la poss.*, n° 90, t. IX, pp. 293 et 294.

144. — L'article 186 de la Coutume de Paris n'était pas applicable aux servitudes personnelles d'usufruit, d'usage et d'habitation qui étaient régies par les lois romaines (1). Nous devons donc donner ici pour ces servitudes la même solution que dans notre première partie ; elles entraient aussi dans le domaine de la possession juridique.

145.—Nous croyons qu'il faut donner pour les droits de gage, de rétention et d'antichrèse la même solution. A l'exemple des jurisconsultes romains, les auteurs coutumiers considéraient le créancier gagiste ou antichrésiste comme un *possessor rei* ; il en était de même du rétentionnaire ; mais, à leur exemple aussi, ils devaient reconnaître que cette possession n'avait ni les mêmes caractères, ni les mêmes effets que celle que nous avons représentée comme l'extériorité du droit de propriété. Si le gagiste, l'antichrésiste et le rétentionnaire jouissaient des actions possessoires (2), ils ne pouvaient prescrire le domaine de propriété. Leur possession était une possession *naturelle*, « procédant d'un titre valable, mais qui n'était pas de nature à transférer la propriété (3) ». On l'opposait à la possession civile, laquelle était « la possession de celui qui possédait une chose comme lui appartenant en propriété, soit qu'il en fût effectivement le propriétaire, soit qu'il eût seulement quelque juste sujet de croire l'être ; *possessio animo dominantis* (4) ». L'engagiste, disait Pothier, « ne possède pas la chose qu'il tient à titre d'engagement, *tanquam rem propriam* ; il la possède, au contraire, *tanquam rem alienam*, comme chose dont celui de qui il la tient par engagement demeure propriétaire, puisqu'il peut, en remboursant la somme pour laquelle elle est engagée,

(1) Ferrière : *Coul. de Paris*, t. II, p. 1474, n° 6, et l'ouvrage auquel il renvoie.

(2) Cette action appartenait à tout possesseur, *quel qu'il fût*. Pothier : *Tr. de la poss.*, n° 84, t. IX, p. 291.

(3) Pothier : *Tr. de la poss.*, n° 13, t. IX, p. 271.

(4) Pothier : *eod. loc.*, n° 6, pp. 269-270.

rentrer en la jouissance et possession de cette chose ; cette possession n'est pas une possession civile, une possession *animo dominantis* ; elle n'est qu'une possession purement naturelle (1) ». La même idée s'appliquait à l'antichrésiste et au rétentionnaire.

Cette distinction de la possession civile et de la possession naturelle avait ceci d'excellent qu'elle empêchait de confondre deux situations tout à fait différentes ; mais elle était, aussi bien dans l'ancien droit qu'à Rome, impuissante à rien expliquer. A notre avis, l'explication réside dans l'idée que nous avons donnée comme le principe qui domine toute la théorie du domaine possessoire : on ne possède jamais des choses, on possède toujours des droits. La possession purement naturelle du gagiste, de l'antichrésiste et du rétentionnaire était, non une *corporis possessio*, mais la possession du droit de gage, d'antichrèse ou de rétention. S'ils détenaient la chose *tanquam rem alienam*, le gagiste, l'antichrésiste et le rétentionnaire exerçaient leurs droits *tanquam jura propria* ; voilà pourquoi, ils avaient droit aux actions possessoires, voilà pourquoi ils ne pouvaient prescrire le droit de propriété.

146. — Quant à l'hypothèque, l'ancien droit n'attachait à son extériorité aucun effet juridique qui permette d'affirmer qu'il l'ait pratiquement envisagée comme susceptible de possession.

§ 2. — Les démembrements de la souveraineté.

147. Les démembrements de la souveraineté qui survécurent, à titre de droits réels, dans le patrimoine des particuliers, à la reconstitution de la puissance publique par le pouvoir royal, peuvent se classer en trois catégories : c'étaient les justices seigneuriales, les droits seigneuriaux et les offices. On ne saurait contester qu'ils aient figuré, jusqu'à la fin de l'ancien droit, dans le domaine de la possession.

(1) Pothier : *eod. loc.*, n° 13, p. 271.

Bien qu'on eût érigé en maxime générale que toute justice émane du roi (1), *omnia sunt principis quoad jurisdictionem* (2), les justices seigneuriales demeurèrent, jusqu'à la fin de l'ancien droit, susceptibles de s'acquérir par la possession centenaire. C'était une solution imposée par la nécessité pratique de ne pas remettre constamment en cause les situations acquises. La plupart des auteurs reconnaissaient qu'il existait de puissants motifs de rejeter l'usucapion des justices seigneuriales ; ils durent néanmoins se résigner à l'admettre. « Il semble, disait Loyseau, qu'il y a trois fortes raisons entre autres, qui excluent même cette prescription, — la prescription résultant de la possession immémoriale — tout ainsi que la coustume de Paris l'a excluse des servitudes contre l'opinion de Dumoulin. La première que le particulier n'étant habile à posséder la puissance publique, ne la peut par conséquent prescrire. La seconde que les droits du Roy, et principalement ceux de souveraineté (comme il vient d'être prouvé que le droit de concéder des justices en est l'une), ne peuvent estre aucunement prescrits par ses sujets. La troisième que ce qui est contre le bien public, à la foule du peuple et contre l'ordre et discipline de la justice ne peut estre introduit par aucune prescription. Toutefois d'autant que l'usurpation a donné origine et commencement à toutes les justices de France, et que, par conséquent, il les faudrait toutes abolir, si on rejetait la prescription immémoriale, n'y ayant mesme guère de justice dont on puisse montrer aujourd'hui la concession du Roy, nous sommes contraints de nous accorder à l'ancien usage des siècles passés et d'admettre une prescription immémoriale, qui fait présumer un titre et une constitution légitime (3). »

(1) Loysel : *Instit. cout.*, livre préliminaire, extrait de l'*Institution au Droit français* de Guy Coquille, et rédigé par MM. Dupin et Laboulaye, tit. I, max. 4, t. I, p. 4.

(2) Henrion de Pansey : *Dissert. féod.*, V° *Des justices*, t. II, p. 576.

(3) Loyseau : *Tr. des seigneuries*, ch. IV, n°s 63 et 64, p. 23.

A la fin du XVIII• siècle Dunod de Charnage professait la même opinion et la fondait sur les mêmes raisons (1).

C'était, en outre, un principe admis par les jurisconsultes et consacré par la jurisprudence, qu'on pouvait former complainte « pour justice, juridiction et droits en dépendant (2) ».

Quand il s'agissait enfin de déterminer, à défaut de titre l'indiquant d'une manière précise, quelle justice était attachée à un fief, l'extériorité du droit de justice était encore prise en considération. La décisionde cette question « dépendait de la possession et jouissance que le seigneur de fief avait eue de la justice par lui prétendue ». « Il semble, disait Bacquet, qu'il est besoin d'informer et vérifier de quelle justice le seigneur féodal et ses prédécesseurs ont joui de tout temps et ancienneté, et selon la preuve qui sera faite, on lui adjugera droit de justice, haute, moyenne ou basse (3). » C'est toujours notre présomption.

148. — A côté de la juridiction, nous avons mentionné un grand nombre de droits divers, dont l'ensemble était désigné sous l'expression générale de *droits seigneuriaux*, et nous avons cité parmi eux, à titre d'exemple, les corvées et les banalités, qui étaient les plus remarquables et les plus répandus.

La corvée était définie par Guy Coquille « l'œuvre d'un homme, un jour durant, pour l'aménagement du seigneur aux champs, soit de la personne seule, soit avec bœufs et charrettes, comme à faucher, à moissonner, à charroyer (4) ». C'était un droit réel attaché aux fonds de terre et imposé comme tel à tout détenteur en cette qualité.

(1) Dunod : *Tr. des prescr.*, part. III, ch. 8, p. 317 ; — Henrion de Pansey : *Dissert. féod.*, V° *Des justices*, § 12, t. II, p. 577 ; — Championnière : *De la propr. des eaux cour.*, n°s 268 à 274, pp. 450 et s.

(2) Ferrière : *Cout. de Paris*, t. I, p. 1523, n° 20 et les renvois.

(3) Bacquet: *Tr. des dr. de justice*, ch. X, n° 17, t. I, p. 53 ; *Adde*, ch. XXV, n° 11, t. I, p. 396.

(4) *Cout. de Nivernais*, ch. VIII, art. 5. Cf. Boutaric: *Tr. des dr. seign. et des mat. féod.* : *Des fiefs*, ch. XII, p. 387.

La banalité avait le même caractère et consistait dans le droit pour un seigneur d'exiger que les détenteurs de certains fonds ou les habitants de certains territoires vinssent moudre leur grain à son moulin, cuire leur pâte à son four, fouler leur vendange à son pressoir, etc., et de percevoir finance à cette occasion. C'était, d'une manière générale, un monopole établi au profit du seigneur à l'encontre des habitants d'un territoire. — Il faut assimiler aux banalités les autres droits réels seigneuriaux, demeurés dans le patrimoine des particuliers à titre de démembrements de la souveraineté.

149. — Avant le XVI[e] siècle, les corvées, banalités, et autres droits semblables, étaient des prérogatives de la directe, analogues à la foi et hommage, et aux divers services pécuniaires que nous avons fait connaître. Ils s'acquéraient de la même manière et étaient protégés par les mêmes actions. Ils étaient donc susceptibles d'être possédés. A défaut de titre — cas ordinaire — c'était la possession qui déterminait leur existence, leur mode d'exercice et leur étendue. C'est ainsi, notamment, que la possession immémoriale suffisait pour les établir, par application de la maxime de Dumoulin : *possessio immemorialis habet vim constituti* (1). A l'époque où vivait ce jurisconsulte, on tendit à considérer ces divers droits réels comme des « espèces de servitudes » et malgré son opposition, cette opinion s'accrédita (2). Lors de la réformation de la Coutume de Paris « dame Madeleine de Savoie et le duc Montmorency » soutinrent que « le fait de possession immémoriale était recevable en droit de corvées et banalités de fours, pressoirs, et moulins à eau et à vent, protestant qu'ils useraient de leurs droits ainsi qu'ils avaient fait

(1) Brodeau : *Cout. de Paris*, sur l'art. 71, t. I, p. 741, n° 11 et les auteurs auxquels il renvoie.

(2) Henrion de Pansey : *Dissert. féod.*, V° *Banalité*, § III, t. I, pp. 175 et suiv. Cf. Brodeau : *Cout. de Paris*, sur l'art. 71, t. I, pp. 735 et 736 ; t. II, en appendice, p. 175, alinéa 2, les articles proposés lors de la réformation de la coutume et qui furent rejetés.

d'ancienneté... » Ces protestations furent inutiles. L'article 71 de la Coutume nouvelle, qui formait à cet égard le droit commun, assimila les corvées et les banalités aux servitudes réelles (1). « Un seigneur, lit-on dans cet article, ne peut contraindre ses sujets d'aller au four ou moulin banal ou faire corvée, s'il n'en a titre, aveu ou dénombrement ancien (2). » Les corvées et les banalités ne purent désormais s'acquérir par prescription (3).

Leur exercice entraînait néanmoins des conséquences juridiques qui montrent qu'elles étaient susceptibles d'être possédées. C'est ce qu'indiquait très nettement Brodeau en disant que, pour être fondé à se prévaloir du droit de banalité ou de corvée, il ne suffisait pas de représenter un titre qui les établît. « La Coutume, ajoutait-il, désire titre et possession conjointement, car si le seigneur, quoique fondé en titre valable, n'avait pas joui de son droit de banalité ou de corvée, pendant trente ans, entre âgés et non privilégiés, il l'aurait perdu *per non usum* (4). » Danty, d'autre part, était d'avis que, s'il y avait contestation au sujet de l'usage concernant un droit féodal, par exemple.., sur le nombre et la qualité des corvées, c'est la possession qui décidait quand elle n'était point contestée et que le titre ne paraissait point. Et il pensait, avec Guyot, que la preuve de la

(1) Henrion de Pansey: *Dissert. féod.*, V° *Corvée*, § II, t. I, p. 481.

(2) Les mots *aveu et dénombrement* sont synonymes de *déclaration* ou de *reconnaissance*. Voy. Boutaric : *Tr. des dr. seign. et des mat. féod.*, *Des fiefs*, ch. II, p. 445. L'*aveu et dénombrement* était la description détaillée de tout ce qui composait un fief servant. Viollet : *Hist. du dr. civ. fr.*, p. 650.

(3) Pothier cependant professait que la possession centenaire y était reçue conformément à la maxime de Dumoulin que nous avons rapportée *suprà*, p. 115, note 1 (*Tr. de la prescr.*, n° 279, t. IX, pp. 416-417). Cela était inexact. Voy. Brodeau : *Cout. de Paris*, sur l'art. 71, t. I, p. 736, n° 1.

(4) Brodeau : *Cout. de Paris*, sur l'art. 71, t, I, p. 740, n° 10. Les banalités et les corvées étaient prescriptibles, en ce sens qu'elles pouvaient s'éteindre par l'effet du temps, ce qui montre qu'elles avaient cessé d'être des prérogatives de la directe et justifie l'étude séparée que nous en faisons.

possession du droit de banalité et de corvée devait se faire par des actes possessoires légitimes (1)... Toutes solutions qui supposent la possibilité de posséder ces divers droits.

150. — Restent les offices. Nous pouvons donner à leur égard une solution également certaine. Loyseau, dont le traité *du droit des offices* conserva jusqu'à la fin de l'ancien droit la plus grande autorité, dit, en effet, très nettement, que la prescription était reçue en matière d'offices et il fonde son opinion sur une ordonnance de Charles VII de l'an 1446, dont il rapporte « les mots pour ce qu'elle est unique en son espèce (2) ». En outre, la jurisprudence et la doctrine reconnaissaient que l'action en complainte était admissible en matière d'office. « L'officier, disait Ferrière, peut former complainte pour le trouble qui lui a été fait en la possession et jouissance de sa charge, comme il a été jugé aux grands jours de Moulins le 19 octobre 1640... car puisqu'il n'y a que l'officier seul qui puisse faire la fonction de son office, il peut s'en dire possesseur avec raison (3). »

151. — L'ensemble des droits réels que nous avons classés comme démembrements de la souveraineté entraient donc, au même titre que les démembrements de la propriété, dans le domaine de la possession. Si tous n'étaient pas susceptibles d'être usucapés, tous du moins, sauf l'hypothèque, donnaient lieu à cette action en complainte que l'on est d'accord à considérer comme l'effet par excellence de la possession, comme

(1) Danty sur Boiceau : *Tr. de la preuve par tém. en mat. civ.*, addit. sur le chap. XVII, n° 12, p. 542, texte et note. — Cf. Ferrière : *Cout. de Paris*, t. I, p. 1044, n° 6.

(2) Loyseau : *Du dr. des offices*, liv. I, ch. X, p. 62, n°s 8 et 9 ; — Isambert, t. IX, p. 154. Cette ordonnance montre combien était encore complète au milieu du XVe siècle la confusion de la propriété et de la souveraineté.

(3) Ferrière : *Cout. de Paris*, t. I, p. 1521, n° 19 et les auteurs dont il rapporte l'opinion contraire. Cf. Loyseau : *Du dr. des off.*, liv. I, ch. II, n°s 64 et 65, p. 13.

celui qui découle le plus naturellement de la présomption de conformité de la réalité avec l'apparence où se résument toutes les conséquences juridiques attachées à la possession. « Notre complainte, disait Pothier, peut être intentée, non seulement pour les héritages : elle peut l'être aussi pour les droits réels que nous avons dans un héritage. L'ordonnance et la Coutume de Paris s'en sont expliquées en termes formels (1). » — Avant Pothier, Domat avait caractérisé l'objet de la possession d'une manière plus précise. Après avoir défini la possession proprement dite, qu'il considérait également comme la détention d'une chose corporelle, il ajoutait, pour compléter sa pensée : « Il y a aussi une espèce de possession des choses qui ne consistent qu'en des droits, comme un droit de justice, une banalité d'un four, d'un moulin, un péage, un office et autres sortes de biens, *que l'on possède par l'usage et l'exercice qu'on fait de son droit dans ces occasions. Et c'est cet exercice qui en fait la possession*, de même que d'une servitude, qui est aussi un droit d'une autre nature, qu'on possède par l'usage qu'on en fait, *encore qu'on ne possède pas le fonds sur lequel elle est due* (2). »

Nous trouvons ici mentionnés côte à côte, comme susceptibles de possession, les démembrements de la souveraineté et les démembrements de la propriété. Nous pouvons terminer cette seconde section de notre chapitre par cette conclusion générale : l'ancien droit français, dans son dernier état, admettait la possession de tous les droits réels.

SECTION III. — **L'état des personnes.**

152. — Le droit romain classique considérait l'état des personnes comme susceptible de possession ; il attachait à la simple

(1) Voy. leur texte, *suprà*, p. 117, note 4.
(2) Domat : *Lois civiles*, liv. III, tit. IV, sect. I, n° 5, t. II, p. 190.

extériorité d'une qualité déterminée plusieurs des conséquences juridiques qui constituent des effets de la possession. L'ancien droit coutumier continua sur ce point les traditions du système législatif qui l'avait précédé.

Au moyen âge, la possession d'état s'imposait comme une nécessité pratique. Elle était le seul mode possible de prouver l'état des personnes. Jusqu'au XVIe siècle, il n'était dressé des faits ayant une influence sur cet état aucun acte officiel. Seuls les chefs de famille suffisamment lettrés mentionnaient sur leurs *Livres de raison* (1), comme autrefois les Romains, les événements les plus intéressants à ce point de vue : la naissance, le mariage, la mort de leurs proches. Mais ces livres n'existaient qu'en très petit nombre. Le plus souvent, à leur défaut, ou à défaut d'autres papiers domestiques pouvant fournir des indices précis, la preuve de l'état se faisait par enquête et les dépositions des témoins portaient principalement sur des faits constitutifs de l'extériorité de l'état (2). Par application d'une présomption très naturelle, on décidait que l'état réel d'une personne était conforme à son état apparent, et, en cas de litige, c'est à l'aide de cet état apparent qu'était faite la preuve de l'état réel. « On peut affirmer que, chez nous, jusqu'au XVIe siècle, l'état civil ne connut guère d'autre véritable preuve que la notoriété et la possession. Lorsqu'il était contesté, on recourait à une enquête et aux papiers domestiques (3). »

153.— En matière de mariage notamment, la vérité de cette affirmation est attestée par plusieurs textes du droit canonique, qui régissait alors le mariage, aussi bien au point de vue civil qu'au point de vue religieux. Quand deux personnes de sexe différent avaient vécu comme mari et femme, s'en étaient réci-

(1) Viollet : *Hist. du dr. civ. fr.*, p. 463, note 3.

(2) Voy. par ex., pour la preuve de la qualité d'homme libre : *Etabl. de St-Louis, Usage d'Orlénois*, t. I, pp. 513 et 514.

(3) Henri Beaune : *La condit. des pers.*, p. 360 ; — Cf. Cochin, t. IV, p. 343.

proquement donné le titre et avaient été considérées comme tels par leur famille et par leur entourage, elles étaient réellement, d'après le droit canonique, unies par les liens du mariage. La réunion de ces trois faits, *nomen*, *tractatus*, *fama*, constituait une possession de l'état d'époux ; elle était, en dehors de tout écrit établissant la célébration, une preuve du mariage (1). De là cet adage de notre ancien droit, que rapporte Loysel :

Boire, manger, coucher ensemble,
C'est mariage ce me semble (2).

La jouissance de l'état, à l'époque dont nous parlons, entraînait des conséquences que l'idée de possession seule permet d'expliquer d'une manière rationnelle. L'expression possession d'état était prise dans son sens technique et juridique.

154. — Au XVI[e] siècle, l'ordonnance de Blois, de mai 1579, confirmant et complétant une ordonnance de 1539 et diverses décisions du Concile de Trente (3), « pour éviter les preuves par témoins que l'on était souvent contraint de faire en justice, touchant les naissances, mariages, morts et enterrements de personnes », vint « enjoindre » aux « greffiers en chef de poursuivre par chacun an tous curez, ou leurs vicaires, du ressort de leurs sièges d'apporter dedans deux mois, après la fin de chacune année, les registres de baptêmes, mariages, et sépultures de leurs paroisses faits en icelle année (4). » Les registres de

(1) Un seul de ces éléments pouvait même, selon les circonstances, être suffisant. Voy. Esmein : *Le mar. en dr. canon.*, t. I, p. 198 ; *Décrét. de Grég. IX* : *de præsumpt.*, lib. II, tit. 23, cap. 11.

(2) Loysel : *Instit. cout.*, liv. I, tit. II, max. VI, t. I, p. 147 ; — Dumoulin : sur le titre *de fiefs*, § 13, n° 6, t. I, p. 230, dit de même que la *quasi possessio* de l'aînesse dispensait celui en faveur de qui elle existait de toute preuve et en rejetait le fardeau sur l'adversaire. *Quasi possessio primogenituræ liberat ab onere probandi, et illud transfert in adversarium.*

(3) Voy. Viollet : *Hist. du dr. civ. fr.*, pp. 462 et 463.

(4) Isambert, t. XIV, p. 423, ordonn. de 1579, art. 181 ; *Adde*, ordonn. d'avril 1667, tit. XX, art. 7 et s., Isambert, t. XVIII, pp. 137, 138 et 139.

l'état civil se trouvèrent dès lors établis d'une manière définitive. Ils constituèrent le mode de preuve normal et régulier de l'état des personnes.

155. — En faut-il conclure que l'état des personnes cessa désormais de faire partie de la possession juridique ? Que la jouissance de cet état cessa de produire des conséquences s'expliquant par la présomption dont nous avons parlé ? Ce serait commettre une erreur que de l'affirmer. C'est, au contraire, à partir du XVI[e] siècle que se précisa, sous l'influence de la doctrine et de la jurisprudence, la théorie de la possession d'état ; c'est à partir du XVI[e] siècle qu'elle acquit la forme sous laquelle elle devait passer dans le Code civil.

156. — On dut prévoir, en effet, le cas fréquent en pratique, où les registres dont les ordonnances avaient prescrit la tenue et le dépôt dans les greffes, ne pourraient, par suite de circonstances et d'accidents divers, être consultés ou représentés (1). Fallait-il décider que, dans de semblables conjonctures, l'état en litige ne saurait être établi par aucun autre moyen ? Fallait-il enlever à la jouissance de l'état tout effet juridique ? On ne le pensa pas. On fit produire à cette jouissance, notamment en matière de filiation et de mariage, des conséquences qui démontrent qu'on la considérait comme une possession véritable, identique en tout point à celle des choses corporelles et des droits réels. Toutes s'expliquent par la présomption de conformité de la réalité et de l'apparence qui constitue l'effet essentiel et minimum de la possession.

C'est ainsi que, d'après Bourjon, « la possession publique de l'état d'enfant légitime produisait tout l'effet de la preuve littérale de cet état (2) ». Sœfve disait de même pour l'état d'époux, annotant la décision d'un parlement sur cette question :

(1) Voy. ordonn. d'avril 1667, tit. XX, art. 14, Isambert, t. XVIII, p. 139.

(2) Bourjon : *Dr. comm. de la Fr.*, t. I, p. 17.

« ce qui faisait le plus pour la vérité du mariage était la possession dans laquelle l'un et l'autre avaient été pendant si longtemps, de la qualité de mari et femme, au vu et su de tout le monde (1) ».

157. — Mais entre tous les jurisconsultes coutumiers « qui se sont expliqués *sur les effets incontestables* de la possession d'état, il n'en est point qui l'ait fait avec autant de force et d'énergie que Cochin (2) ». Le célèbre avocat a formulé sur ce point la théorie de l'ancien droit avec une netteté et une précision sans égales. Le plaidoyer qui en contient l'exposé mérite d'autant mieux d'être cité ici qu'il a « depuis servi de texte à toutes les discussions sur cette matière (3) » et inspiré directement les rédacteurs du Code civil. En même temps qu'il permet de connaître la théorie de l'ancien droit, il constitue comme un commentaire anticipé de nos lois actuelles.

« De toutes les preuves qui assurent l'état des hommes, disait Cochin, la plus solide et la moins douteuse est la possession publique. L'état n'est autre chose que la place que chacun tient dans la société générale et dans les familles ; et quelle preuve plus décisive peut fixer cette place que la possession publique où l'on est de l'occuper depuis qu'on existe ? Les hommes ne se connaissent entre eux que par cette possession. On a connu son père, sa mère, son frère, ses cousins ; on a été de même connu d'eux. Le public a vu cette relation constante. Comment, après plusieurs années, changer toutes ces idées, détacher un homme de sa famille ? Ce serait dissoudre ce qui est pour ainsi dire indissoluble ; ce serait séparer les hommes jusque dans les sociétés, qui ne sont établies que pour les unir (4). »

(1) Cité par Merlin: *Répert.*, t. XVII, p. 339, V° *Légitimité*, sect. 1, § 2.
(2) Merlin : *eod. loc.*, p. 339.
(3) Disc. prononcé au Corps législ. par le tribun Duveyrier, dans Poncelet : *Motifs et disc. du Code civil*, p. 203, 2e col. ; — Fenet, t. X, p. 223 ; — Locré, t. VI, p. 301.
(4) Cochin, t. I, p. 590 ; — Poncelet : *op. cit.*, p. 203 ; — Merlin : *op. cit.*, t. XVII, p. 339, 2e col. ; — Fenet, t. X, pp. 301 et 302 ; — Locré, t. VI, pp. 301 et 302.

La conséquence tirée par le jurisconsulte de ces principes « qui n'ont jamais été contestés ni modifiés (1) », c'est qu'il suffisait aux enfants qui se prétendaient légitimes de démontrer, pour prouver leur état, qu'ils en avaient eu la jouissance. « Cet état bien établi par la possession publique, continuait l'orateur, fait présumer de droit celui des père et mère, sans qu'on soit obligé de remonter jusqu'à l'acte de célébration du mariage (2). Pour tout dire en un mot, concluait-il enfin, c'est que la possession publique suffit par elle-même : c'est à ceux qui la combattent après cela, à rapporter des titres contraires ; mais tant qu'il n'en paraît pas, on défère et l'on doit nécessairement déférer à cette possession (3). »

158. — Peut-être va-t on contester l'autorité de ce plaidoyer

(1) Disc. de Duveyrier, dans Poncelet : *op. cit.*, p. 203 ; — Fenet et Locré : *op. et loc. cit.*

(2) Cochin, t. I, p. 591 ; — Merlin : *op. cit.*, t. XVII, p. 339, 2e col.

(3) Cochin, t. I, p. 592 ; — Merlin: *eod. loc.*, p. 340, 1re col. Cfr. Plaidoyer de l'avocat général Louis-Denis Talon, dans les « arrests notables » d'Augeard, t. II, arrêt CLXXV, p. 812 : « C'est un principe constant parmi nous, que la possession est un moyen légitime d'acquérir les droits que l'on tient ordinairement de la naissance, parce que l'état des hommes ne doit pas être dans une perpétuelle incertitude ; que le repos des familles et l'intérêt des particuliers demandent qu'on assure enfin les droits qui leur sont les plus chers ; que si l'on ne peut empêcher le temps de détruire souvent les preuves de l'état, il est de l'équité de tirer du temps même le remède au mal dont il est l'auteur ; et qu'enfin les présomptions, qui sont souvent pour l'état des particuliers, *deviennent des preuves incontestables* par le silence de ceux qui étaient intéressés à le combattre. — Mais les mêmes raisons, qui ont donné à la possession le pouvoir de fixer l'état des particuliers, demandent aussi qu'on n'attribue pas ce pouvoir indifféremment à toute sorte de possession ; il faut rejeter en cela toute possession passagère, interrompue, frauduleuse, en un mot, toute possession qui serait vicieuse en elle-même, ou qui serait d'une durée trop courte pour pouvoir assurer des droits qu'on ne doit jamais accorder légèrement. » Augeard cite plusieurs arrêts qui consacrèrent cette théorie : Paris, 12 mai 1664, 6 juillet 1666, 18 mars 1666, 24 janvier 1726, etc. Voy. en outre, même ouvrage, t. II, arrêt CCXV ; question d'état, p. 925, 2e col. *in fine* où les mêmes idées sont également exprimées avec beaucoup de netteté : « la possession d'état est la preuve la plus solide et la plus forte qu'on puisse rapporter en cette matière, etc. ».

en objectant que c'était là pure argumentation d'avocat. Tel n'était pas l'avis du tribun Duveyrier qui représentait, devant le Corps législatif, les principes établis par Cochin comme ayant servi de texte à toutes les discussions sur cette matière et n'ayant jamais été contestés ni modifiés (1). Tel n'était pas davantage l'avis de Merlin qui, prévoyant cette objection possible, disait après avoir cité Cochin : « Et qu'on n'aille pas lui faire l'injure de croire qu'il a plus donné au besoin de sa cause qu'à sa conviction personnelle : ce serait bien mal connaître cet homme vertueux. Jamais il ne défendit ce qu'il n'aurait pas jugé (2). »

L'opinion de Cochin jurisconsulte était en effet entièrement conforme à celle de Cochin avocat. « On estime, dit-il dans sa soixante-quatrième consultation, que la possession publique d'enfants légitimes de tels ou tels suffit pour assurer cet état ; en sorte que l'enfant qui établit cette possession n'a pas besoin de titres primordiaux d'où elle dérive, comme l'acte de célébration de son père ou de sa mère, *parce qu'en général tout possesseur qui est attaqué n'a rien à prouver et que c'est à celui qui trouble à justifier que sa possession est injuste* (3). » Et il continuait par cette comparaison, pleine d'intérêt à notre point de vue : « C'est ce qui a lieu dans les matières les plus communes. Celui qui est en possession d'un héritage depuis plus d'un an, n'y peut être inquiété, sous prétexte qu'il ne rapporte pas le titre de sa propriété. La possession lui suffit : *possideo quia possideo*. De même, un enfant qui a été élevé, nourri, mis en pension, marié, comme enfant légitime de telles et telles personnes, et qui est en possession de la légitimité, n'est point obligé d'en rapporter d'autres preuves ; c'est à ceux qui prétendent qu'il est

(1) Poncelet, Fenet et Locré : *op. et loc. cit.*, *suprà*, p. 141, note 1.
(2) Merlin : *op. cit.*, t. XVII, p. 340, 2e col.
(3) Cochin, t. III, p. 746 ; — Merlin : *op. cit.*, t. XVII, p. 340, 2e col. Remarquez en passant combien tout cela est conforme à ce que nous avons dit des effets de la possession, au cours de notre introduction.

bâtard à en rapporter la preuve. La présomption est toujours pour la possession paisible et publique (1). »

Cette doctrine, que confirmèrent, dit Merlin, tant d'arrêts solennels que l'on est embarrassé de leur nombre (2), montre d'une manière éclatante combien nous étions fondé à affirmer que l'expression possession d'état avait, dans l'ancien droit, un sens rigoureusement juridique. La possession d'état y était une possession véritable, ne différant que par son objet de la possession des choses et des droits réels. C'est ce qu'avait bien compris Cochin quand il faisait entre elles le rapprochement que nous avons signalé.

159. — Voici, d'autre part, plusieurs solutions particulières, qui le prouvent avec la même certitude et la même évidence, toujours par application de notre critérium.

Les personnes se divisaient, dans l'ancien droit, en trois grandes catégories : les nobles, les roturiers et les serfs (3). Le fait d'avoir, pendant un temps déterminé, vécu comme un noble, comme un roturier ou comme un serf, entraînait des conséquences juridiques qui ne peuvent s'expliquer que par l'idée de possession.

160. — On ne rencontre, dans la plupart des coutumes rédigées, aucune disposition relative aux serfs. La Coutume de Paris, en particulier, était muette sur eux. Au XVIe siècle, en

(1) Cochin, t. III, pp. 746-747 ; — Merlin : *op. cit.*, t. XVII, p. 340, 2e col. Cf. Cochin, t. IV, pp. 343 et s., plaidoyer CII.

(2) Merlin : *op. cit.*, t. XVII, p. 341, 1re col. Voy. ceux qu'il cite, pp. 342 à 345 et notamment, p. 345, l'arrêt du Parlement de Paris du 12 août 1729, rendu dans l'affaire Bourgelat, qui donna lieu au plaidoyer de Cochin.

(3) Quatre catégories avec les clercs. Mais nous n'avons rien trouvé, ni dans les auteurs, ni dans les recueils d'arrêts, qui puisse nous autoriser à penser que le fait d'avoir vécu comme un clerc fut par lui seul générateur d'un effet possessoire. La maxime de Loysel : « L'habit ne fait point le moine, mais la profession » (*Instit. coul.*, liv. II, tit. V, max. 30, t. I, p. 353) semble avoir eu dans l'ancien droit une portée générale. Elle s'appliquait à tous les clercs sans exception. On pourrait dire sans erreur que l'habit ne fait pas le clerc.

effet, le servage était devenu, pour des causes diverses (1), une condition exceptionnelle.

Toutefois, plusieurs des coutumes qui avaient consacré cette exception s'étaient expliquées sur les modes de réduction en servage et d'acquisition de la qualité d'homme libre et avaient adopté des solutions qui, au moyen âge, constituaient le droit commun. Beaumanoir nous apprend, par exemple, que « y a il de tix terres quant un frans hons qui n'est pas gentix hons de lignage y va manoir, et il y est residens an et jour, qu'il devient, soit hons soit feme, sers au segneur desoz qui il veut estre residens (2) ». La même prescription existait encore dans la Marche au XVIII[e] siècle, avec cette différence qu'au lieu de s'établir par an et jour, elle nécessitait une durée de trente années (3).

161. — Cette acquisition de l'état de serf par la prescription n'était pas conforme aux idées d'émancipation qui, depuis le XII[e] et le XIII[e] siècles, avaient amené par degrés l'affranchissement des hommes de condition servile. Aussi, la disposition de la Coutume de la Marche que nous venons de citer était-elle unique à la fin de l'ancien droit. On se montra favorable, au contraire, à la prescription de la liberté. Si le fait d'avoir vécu en serf pouvait avoir, très exceptionnellement, pour résultat de placer un homme libre en servitude, le fait par un serf d'avoir joui, pendant un temps et dans des conditions déterminés, de la qualité d'homme libre, avait pour effet, dans plusieurs des

(1) Voy. les principales dans Esmein : *Cours élém. d'hist. du dr. fr.*, pp. 680 et 681.

(2) *Cout. de Beauv.*, ch. XLV, § 19, t. II, p. 226. Cf. Esmein : *Cours élém. d'hist. du dr. fr.*, p. 239.

(3) Elle dérivait vraisemblablement du droit romain qui, au Bas-Empire, appliquait la prescription de trente ans au colonat. C. *De agricolis*, XI, 47, 23, 1. Garsonnet : *Hist. des loc. perpét.*, p. 162 ; — Viollet : *Hist. du dr. civ. fr.*, p. 321, texte et note 3.

coutumes où subsista le servage, de lui faire acquérir cette qualité (1).

Bien avant la rédaction de ces coutumes les *Etablissements de Saint Louis* contenaient sur ce point un texte curieux, que nous croyons devoir citer, parce qu'il met bien en relief l'assimilation qu'on a faite dans l'ancien droit entre les conditions requises pour acquérir, par une jouissance prolongée, la qualité d'homme libre, et celles qui étaient nécessaires à l'usucapion d'une chose dont on avait reçu tradition *a non domino.* Une disposition de la loi des XII tables, qui survécut au droit romain et dont on rencontre encore aujourd'hui la trace dans nos lois, prohibait l'usucapion des choses volées. Les *Etablissements de Saint Louis* firent l'application de cette idée au serf fugitif. « Et li sers, quand il s'en fuit de son seignor, il fait larrecin de soi-mesme ; ne la fuite au sers ne puet faire domache à son seignor en nule meniere selonc droit escrit au Code, *de servis fugitivis*, en la première loi ou il est escrit de ceste matière, et selon l'usage de la baronnie (2). » Par là, le compilateur des *Etablissements* songeait évidemment à cette conclusion pratique,à savoir que le serf fugitif ne pouvait acquérir,par prescription, la liberté (3). Et il ne le pouvait parce qu'il était considéré comme une chose volée, à l'égard de laquelle il avait une possession de mauvaise foi.

(1) Esmein : *Cours élém. d'hist. du dr. franç.*, p. 681 : « Même dans les provinces où la coutume n'avait pas aboli le servage, la jurisprudence avait indirectement, mais sûrement, diminué le nombre des serfs. Elle se montra très difficile quant à la preuve du servage, très facile au contraire pour en admettre l'extinction. Elle accueillait contre lui la prescription toutes les fois que le texte de la coutume ne l'avait pas expressément exclue. » Cf. Guy Coquille : *Cout. de Nivernais*, sur l'art. 6 du titre *des servitudes*, p. 222 ; — Glasson : *Hist. du dr.et des instit. de la France*, t. VII (1896), pp. 41 et 58-59, et l'ordonn. de 1315, dans Isambert, t. III, p. 102.

(2) *Etab. de Saint Louis*, liv. II, ch. 32, t. II, p. 445.

(3) *Id.*, t. IV, p. 297, note de M. Viollet.

162. — Mais, si un serf avait de la liberté une jouissance de bonne foi, il acquérait par la prescription la qualité d'homme libre. C'était la solution donnée en termes explicites par l'article 18 de la coutume de Châlons (bailliage de Vermandois) : « Homme ou femme de corps non réclamez ne poursuivis par les seigneurs, qui ont jouy de franchise et liberté par dix ans en la province dont ils sont hommes et femmes de corps, ont acquis, par droit de prescription, franchise et liberté contre leur seigneur ; tellement que ledit temps passé, se peuvent défendre contre leur dit seigneur par le moyen de la dite prescription. Mais si tels hommes ou femmes de corps s'estaient retirés furtivement, sont réputez serfs fugitifs, et n'ont par ledit temps acquis franchise (1). » Cet article indiquait très clairement les conditions auxquelles un serf pouvait par la jouissance de franchise et liberté, devenir un homme franc et libre. Ces conditions sont intéressantes en ce qu'elles étaient identiquement celles qui étaient exigées pour faire acquérir la propriété par la possession prolongée. Là où la bonne foi était nécessaire en matière d'acquisition de la propriété, elle l'était également en matière d'acquisition de la qualité d'homme libre ; et la durée de la possession était la même dans les deux cas. Dans d'autres coutumes, on n'exigeait qu'une jouissance prolongée pendant le temps nécessaire pour être fondé à invoquer, en matière de choses corporelles ou de droits réels immobiliers, la protection des actions possessoires. « Droit de bourgeoisie,

(1) Bourdot de Richebourg : *Cout. génér.*, t. II, p. 476. Voir la même idée exprimée dans la cout. de Vitry-le-François, art. 146, *Cout. génér.*, t. III, p. 327 ; — Henrion de Pansey : *Dissert. féod.*, t. II, p. 179, citant cet article, fait donc remarquer par erreur que la cout. de Vitry « est la seule qui autorise le serf ou mainmortable à prescrire la libération de la servitude ». Voy. encore : Cout. de Montargis, ch. VII, art. 1er (réd. 1531), Bourdot de Richebourg, t. III, p. 842 ; — Argou : *Instit. au dr. fr.*, t. I, p. 7 ; — Guy Coquille: *Cout. de Nivernais*, sur l'art. 6 du titre *des servitudes*, p. 222.

dit Loysel, s'acquiert par demeure par an et jour... (1). » Il y avait là encore identité de délai pour l'acquisition de la qualité de bourgeois et l'acquisition du droit aux actions possessoires. Une seule explication plausible peut être donnée de cette identité : c'est que la jouissance d'un fonds de terre ou d'un droit réel et la jouissance de la qualité d'homme libre ou de bourgeois avaient la même nature. C'est que la jouissance de la qualité d'homme libre ou de bourgeois en constituait la possession au même titre que la jouissance du droit réel constituait la possession de ce droit réel. C'est que l'état d'homme libre ou de bourgeois était susceptible d'une possession véritable. Et c'est bien ainsi que l'entendait Eusèbe de Laurière, l'annotateur de Loysel : « La prescription du droit de bourgeoisie est d'un an et d'un jour, disait-il, parce que la saisine s'acquiert par cet espace de temps. »

163. — A côté de l'extériorité de l'état d'homme libre ou de bourgeois, se plaçait, au même point de vue, l'extériorité de la qualité de noble. Elle entraînait aussi d'importantes conséquences juridiques que l'idée de possession seule permet d'expliquer d'une manière rationnelle.

C'était une question fort discutée que de savoir si la noblesse pouvait s'acquérir par prescription (2). L'une et l'autre opinion étaient défendues, dans le dernier état du droit, par des auteurs considérables. Tiraqueau professait, avec un grand nombre de docteurs, que la noblesse pouvait être prescrite par un usage immémorial. Et, en homme que l'étude du droit romain a habitué à distinguer la possession proprement dite, applicable aux choses, de la quasi-possession, applicable aux droits, il qua-

(1) *Instit. cout.*, liv. I, tit. I, max. 21, t. I, p. 54.

(2) Loyseau : *Traité des ordres et des simples dignités*, ch. V, nos 34 et s., p. 29 ; —Ferrière : *Cout. de Paris*, t. I, p. 49 ; — La Roque : *Tr. de la nobl.* ch. LXIII, pp. 189 et s. ; — Esmein : *Cours élém. d'hist. du dr. fr.*, pp. 677-678.

liliait cet usage de *quasi-possessio. Nobilitas non præscribitur ex usu et quasi-possessione, nisi tanti temporis cujus non exstat memoria* (1).... Cet auteur considérait donc que la jouissance de la qualité de noble en constituait une quasi-possession et il employait bien ici cette expression dans son sens technique.

164. — Diverses coutumes avaient d'ailleurs sur ce point des dispositions très décisives. C'est ainsi que la coutume de Bretagne, citée par tous les auteurs qui ont écrit sur la noblesse (2), définissait les nobles *ceux qui ont et leurs prédécesseurs dès et par avant les cent ans derniers vécu et se sont comportés noblement* (3) (art. 541). L'on avait longuement discuté avant d'admettre la rédaction de cet article (4). C'était indiquer, en effet, d'une façon très nette, que la noblesse était susceptible d'être possédée et que la possession prolongée constituait le mode normal, sinon par excellence, de l'acquérir. Brodeau et Loyseau, au XVIIe siècle, Dunod de Charnage au XVIIIe, professaient cette opinion. « Et tout ainsi, disait Loyseau, que les alchimistes disent que l'or se change trois fois avant qu'acquérir sa qualité, ainsi la troisième mutation et génération purifie le sang et la race et en efface toute trace de roture (5). » « Nous avons donné une

(1) *Tiraquelli opera omnia quæ hactenus exstant* : *De nobil.*, cap. XIIII, t. I, p. 53.

(2) La Roque : *Tr. de la nobl. et de toutes ses diff. esp.*, ch. XXXV, p. 110, ch. LXIII, p. 190.

(3) D'Argentré : *Comment. in consuet. duc.Britann.*, p. 156 ; — Bourdot de Richebourg : *Nouv. cout. gén.*, t. IV, p. 395.

(4) D'Argentré : *op. et loc. cit.* ; — La Roque : *op. cit.*, ch. LXIII, p. 190, ch. LXIV, pp. 197-198.

(5) Loyseau : *Du dr. des off.*, liv. I, ch. IX, n° 34, p. 58 ; *Tr. des ordres et simples dignités*, ch. VI, n° 67, p. 38 : « En conséquence de cette répugnance que le possesseur d'un fief de dignité soit roturier, il y a quelque apparence de tenir que ceux qui possèdent ces fiefs soient présumés nobles, et qu'à ce regard *ils sont en possession de la haute noblesse*, et partant que si le père et l'aïeul les ont possédés consécutivement, la *noblesse désormais est prescrite* pour leurs descendants, en conséquence du règlement des tailles de l'an 1600. » Toutefois Loyseau, ch. V, n° 38, p. 29, est moins affirmatif. Comp. encore : liv. I, ch. IX, n° 32.

telle faveur à la possession centenaire ou immémoriale, écrivait de son côté Dunod de Charnage, que nous avons cru qu'elle suffisait pour acquérir la noblesse, et qu'elle suppléait au titre qui est nécessaire en ce cas. On juge donc, parmi nous, que les personnes sont nobles de race et maison (ce sont les termes de nos anciennes ordonnances) quand elles et leurs prédécesseurs en ont pris la qualité de temps immémorial (1). » C'est l'opinion à laquelle s'arrête M. Viollet dans son *Histoire du droit civil français*. Recherchant « comment on arrive à la noblesse », et après avoir indiqué quatre modes d'acquisition de la qualité de noble, la naissance, la possession d'un fief, l'anoblissement et la possession d'une charge, il continue en ces termes : « Pour être complet, je dois ajouter qu'on arrive à la noblesse par usurpation, ou, pour employer une tournure plus juridique, par la prescription, c'est-à-dire par la possession continuée pendant un long laps de temps alors même qu'elle aurait pour point de départ l'usurpation (2) ». La conclusion à tirer de cet effet de l'extériorité de la noblesse est très certaine à notre point de vue : on possédait la noblesse comme tout autre droit.

165.— De nombreux jurisconsultes coutumiers, il est vrai, et parmi eux, La Roque et Ferrière, étaient d'avis que « ce serait une illusion de se persuader, comme quelques-uns, que la noblesse se peut acquérir par prescription, quelque longue qu'elle soit. La raison est que noblesse vient du prince, et qu'elle ne peut être acquise que par les moyens qui sont par lui autorisés à cet effet (3) ». Mais les auteurs même qui niaient que la noblesse fût prescriptible reconnaissaient que son extériorité produisait des conséquences juridiques que l'idée de pos-

(1) Dunod : *Tr. des prescr.*, p. 218.
(2) Viollet : *Hist. du dr. civ. fr.*, p. 257.
(3) Ferrière : *Cout. de Paris*, t. I, p. 49, n° 23.— Cfr. n° 24 où il commente le règlement des tailles de 1600 ; — La Roque : *op. cit.*, ch. LXIII, p. 190 : C'est une maxime certaine que le roi seul peut annoblir ; — Danty sur Boiceau : *Tr. de la pr. par tém.*, addit. sur le ch. XVII, n° 60, p. 558.

session seule permet d'expliquer. Si le fait d'avoir « vécu noblement et dans la réputation de noblesse (1) » ne conférait pas, à leurs yeux, la qualité de noble, quand il apparaissait que les aïeux étaient roturiers, il constituait au moins, dans le cas où aucune trace de roture antérieure n'était découverte, « une possession immémoriale qui pouvait servir de titre suffisant; autrement il serait arrivé souvent que les véritables nobles seraient déchus de l'ancienne noblesse de leurs ancêtres, faute de la justifier par titre (2) ». Un édit royal du 16 janvier 1714 avait statué conformément à cette opinion en décidant que « ceux qui se prétendraient nobles ne seraient tenus de prouver qu'une possession de cent années (3) ». C'était là le mode de preuve ordinaire et normal de la qualité de noble. Aucune controverse ne régnait sur ce point. Les auteurs demeuraient d'accord que la noblesse était présumée par la possession immémoriale, c'est-à-dire quand il n'y avait mémoire du contraire (4).

166. — La possession immémoriale jouissait, en effet, dans l'ancien droit, nous l'avons constaté déjà, d'une très grande faveur. Elle suppléait ici, conformément à la doctrine de Dumoulin, à l'absence d'un titre qu'elle faisait présumer. Qu'elle fît acquérir ou non la qualité de noble, peu importe à notre point de vue. Ce qui est certain, c'est que le fait d'avoir vécu noblement, d'avoir eu l'extériorité de l'état de noble, était, par lui-même et par lui seul, générateur de conséquences juridiques qui ne peuvent recevoir d'explication rationnelle sans la présomption de conformité de la réalité avec l'apparence qui constitue l'effet primordial de la possession. L'état de noble, la

(1) Ferrière : *eod. loc.*, n° 24.

(2) Ferrière : *eod. loc.*, n° 24 ; — Loyseau : *Tr. des ordres*, ch. V, n° 38, p. 29 ; — La Roque : *Tr. de la nobl. et de son orig.*, ch. IV, pp. 407 et 408.

(3) Isambert, t. XX, p. 615.

(4) La Roque : *Tr. de la nobl. et de toutes ses diff. esp.*, ch. LVIII, p. 183, ch. LXIV, p. 191 ; — cfr. d'Argentré : *op. cit.*, p. 546, sur l'art. 155 de l'anc. cout. de Bret. et dans ses *Advis et consultations*, p. 2267.

noblesse était considérée par l'ancien droit comme entrant dans le domaine de la possession (1).

167. — Toutes les solutions que nous venons d'indiquer concordent donc à merveille avec la notion générale de la possession dont nous avons fait la base de nos recherches. Les expressions possession d'état, possession de liberté, possession de la noblesse, qui se rencontrent fréquemment dans les auteurs coutumiers, avaient une valeur et un sens techniques. Nous pouvons affirmer en toute certitude que, dans le dernier état de l'ancien droit, de même qu'à Rome, la possession avait pour objet, à côté des choses corporelles et des droits réels, l'état des personnes.

SECTION IV. — Les créances.

168. — Des trois catégories de droits que nous avons distinguées : les droits réels, l'état des personnes et les créances, nous avons vu jusqu'ici que l'ancien droit a admis les deux premières comme susceptibles de possession. En a-t-il été de même pour la troisième ? Les créances pouvaient-elles, d'après le droit coutumier, être l'objet de la possession ? Nos anciens auteurs ont-ils déduit de l'idée de transmission directe des créances, acceptée par le droit romain dans son dernier état, et reçue dans les pays coutumiers, la conséquence logique qu'elle com-

(1) Cela est si vrai que les auteurs même qui niaient la possibilité de prescrire la qualité de noble définissaient la noblesse de race *une possession immémoriale de la noblesse.* « La noblesse qui n'est fondée que sur la possession immémoriale, disait Argou, est proprement appelée noblesse de race, et plus elle est ancienne, plus elle est estimée » (*Instit. au dr. franç.*, liv. I, ch. I, t. I, p. 11). Comp. Danty sur Boiceau : *Tr. de la pr. par tém.*, addit. sur le ch. XVII, nos 53 et 54, p. 556, no 58, p. 558 ; — Boutaric : *Tr. des dr. seign. et des mat. féod.*, *Des fiefs*, ch. XI, pp. 494 et 495 ; — Pothier : *Tr. des pers. et des ch.*, no 7, t. IX, p. 5 ; — Beaune : *La cond. des pers.*, pp. 77 et 78.

porte : à savoir que la propriété s'en transfère du vendeur à l'acheteur, comme celle des autres choses incorporelles, par la voie de la *quasi-traditio*? Existait-il, dans l'ancien droit, des créances qui fussent susceptibles de s'acquérir par prescription? Tel est l'aspect sous lequel doit être envisagé dans l'ancien droit l'objet de la possession, en tant qu'il pouvait s'appliquer aux créances. Nous nous proposons de résoudre le problème ainsi posé dans cette dernière section de notre chapitre.

169. — Brodeau, dans son *Commentaire sur la Coutume de Paris*, « pour l'intelligence de cette matière (la saisine) qui contient plusieurs beaux secrets de notre ancien droit français (1) » a pris soin d'indiquer le sens précis des expressions « saisir », « saisine », qui étaient alors fréquemment employées de préférence aux mots « posséder » et « possession ». D'après cet auteur, « le mot *saisir* est primitif et originaire, non dérivé d'aucun autre et pur français, qui signifie prendre, mettre en sa main, occuper, posséder ou investir, et mettre en possession un tiers ; *saisine*, c'est la possession qui est livrée et transmise entre les mains d'un autre ; ... et par ainsi le mot *saisir* est actif et passif et signifie prendre ou donner la possession (2). En cette signification, le mot *saisir* est fréquent en la Coutume, art. 108, *un simple transport ne saisit point, c'est-à-dire ne transmet point la possession de la chose cédée, de la personne du cédant, en celle du cessionnaire, sans signification*... art. 318 : *le mort saisit le vif*, c'est-à-dire le défunt au point de la mort s'exproprie, transmet et transfère son droit et sa possession, en la personne de son héritier légitime, qui en demeure investi de plein droit, par l'autorité de la Coutume, sans

(1) Brodeau : *Comm. sur la Cout. de Paris*, t. I, p. 936. Brodeau étudie la règle de l'art. 82 de la Coutume : ne prend saisine qui ne veut.

(2) Cf. Ferrière : *Cout. de Paris*, t. I, p. 1249, n° 1, « *saisir* signifie prendre possession ou se mettre en possession. »

occupation ni appréhension de fait... (1) ». Il nous a paru d'un grand intérêt de reproduire ce passage, car il donne une idée claire de la notion très large que les commentateurs de la Coutume de Paris se faisaient de la possession. Bien qu'ils eussent, ainsi que tous les auteurs coutumiers, adopté la notion des Glossateurs pour base de la théorie possessoire, ils avaient été conduits par la force même des choses, par les nécessités logiques et pratiques à la fois, à étendre l'idée de la possession bien au delà des objets matériels. Et la plupart du temps, ils ne distinguaient même pas — les citations que nous avons eu plus haut l'occasion de faire ont déjà permis de s'en rendre compte — la possession proprement dite de la quasi-possession. Ils voyaient dans la possession la jouissance d'une chose ou d'un droit et considéraient que mettre en possession ou ensaisiner, c'était placer une personne à même de jouir de cette chose ou de ce droit. Sans avoir cherché à donner une solution générale du problème juridique qui fait la matière de notre travail, ils sont ainsi arrivés, nous l'allons voir, à considérer que la possession embrassait dans son domaine aussi bien les droits de créance que les droits réels et l'état des personnes.

170. — Une première preuve réside dans cette institution du droit coutumier conservée par le Code civil, qu'on appelle la *saisine héréditaire*. On a beaucoup discuté et l'on discute encore sur son origine. Il n'entre pas dans le cadre de notre sujet d'aborder ces discussions. L'origine de la saisine héréditaire ne saurait avoir aucune influence sur la solution de notre question. Ce qu'il nous importe de mettre en relief, c'est sa nature et son domaine, en quoi elle consistait et quel était son objet.

Quant à sa nature, Brodeau vient de nous dire en substance : le mot *saisine* était synonyme de *possession*. En cela, il se trouvait d'accord avec tous les auteurs de l'ancien droit. La saisine

(1) Brodeau : *loc. cit.*, p. 937. Cf. Pothier : *Tr. de la poss.*, n° 85, t. IX, p. 292 : « Le terme de *saisine* signifie la même chose que *possession*. »

héréditaire était une fiction de la loi par suite de laquelle l'héritier d'un défunt habile à lui succéder était censé être de plein droit en possession de tous les biens composant l'hérédité (1). C'est l'idée que l'on retrouve dans tous les ouvrages coutumiers (2). La saisine n'était qu'une possession fictive. Comme telle, elle devait avoir le même domaine que la possession réelle. La fiction consistait uniquement à supposer possesseur, c'est-à-dire jouissant des avantages attachés à un droit, une personne qui, en réalité, ne l'était pas. Les commentateurs étaient d'accord à dire que, par l'effet de la saisine, l'héritier était, dès la mort du défunt, alors même qu'il ignorait l'ouverture et la dévolution de la succession, investi de la possession. Il possédait toutes les choses que possédait le défunt au moment de son décès. La fiction de la saisine n'avait pas d'autre étendue. Elle n'avait point pour résultat de faire considérer comme susceptibles de possession des choses ou des droits qui, d'après le droit commun, se trouvaient en dehors du domaine possessoire.

171. — Or, à quoi s'appliquait la saisine ? Etait-ce une fiction de la loi par suite de laquelle l'héritier était censé en possession des *choses corporelles héréditaires* ? Embrassait-elle l'hérédité elle-même considérée comme universalité juridique ? Si tel était l'objet de la saisine, telles eussent bien été les expressions employées par les commentateurs. Mais leur langage était tout différent. « Le mort, dit Pothier, *saisit*, c'est-à-dire est censé mettre en possession *de tous ses droits et biens*, le vif, son hoir plus proche etc. (3). » En d'autres termes, cette posses-

(1) Pothier : *Tr. des succ.*, ch. III, sect. 2, t. VIII, p. 111 : « cette saisine est une pure fiction de la loi ; *commentum nostri juris civilis.* »

(2) Moulin : *De l'acquis. lég. de l'héréd.*, p. 153 : « Les commentateurs des coutumes s'attachent à mettre en relief cette idée que l'héritier, grâce à la saisine, acquiert immédiatement la possession. » Et M. Moulin cite, à l'appui de cette affirmation, un grand nombre d'auteurs.

(3) Pothier : *Tr. des succ.*, ch. III, sect. II, t. VIII, p. 111, et les notes de Bugnet.

sion acquise de plein droit, qui constituait la saisine héréditaire, avait pour objet l'*ensemble des droits et biens du défunt*, envisagés individuellement, sans qu'il y eût à distinguer entre les droits réels et les droits de créance. Pothier était un jurisconsulte assez habitué au maniement de la langue juridique pour rendre avec précision sa pensée. S'il a employé cette expression très générale *tous les droits et biens*, c'est qu'il considérait que la saisine n'embrassait pas seulement les choses corporelles, ni même l'ensemble des droits réels, mais l'ensemble des droits successoraux. C'est qu'il considérait, en d'autres termes, — et nous verrons plus bas qu'il l'a dit ailleurs expressément, — que tous les droits qui composent le patrimoine étaient susceptibles d'être possédés. Ce premier argument montre, à notre avis, que, dans l'ancien droit, les créances entraient dans le domaine de la possession. Elles faisaient partie de tous ces *droits et biens* du défunt auxquels s'appliquait la saisine héréditaire. Nous reconnaissons cependant qu'une telle solution reposerait sur une base bien fragile, si elle ne pouvait invoquer à son appui que cet unique argument. Mais il en existe plusieurs autres, dont chacun suffisant par lui-même, vient confirmer celui-ci et lui donner un solide renfort.

172. — A l'exemple du droit romain, nos anciens auteurs professaient que le simple accord des volontés est impuissant à transférer la propriété des choses. « C'est, dit Pothier, un principe du droit romain, qui est suivi dans notre droit français, que ce n'est ordinairement que par une tradition réelle ou feinte que le domaine de propriété d'une chose peut passer d'une personne à une autre, et qu'une simple convention que j'aurais avec vous, par laquelle nous conviendrions que le domaine de la propriété que j'ai d'une telle chose que je vous vends ou que je vous donne, cesserait dès à présent de m'appartenir, et vous appartiendrait dorénavant, ne serait pas suffisante pour la transférer, avant que je me sois dessaisi envers

vous de la chose par une tradition réelle ou feinte : *Traditionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur* (1). » La tradition étant « la translation que fait une personne à une autre de la possession d'une chose, *possessionis datio* (2) », il s'ensuit que c'est la remise seule de la possession qui transfère la propriété. Il s'ensuit également que la tradition n'est possible qu'à l'égard des choses qui sont susceptibles d'être possédées. Il s'ensuit, par conséquent, que si la tradition d'une chose est nécessaire pour que sa propriété soit transférée, cette chose entre dans le domaine de la possession.

173. — A l'égard des choses corporelles, la tradition, au sens où l'entendaient les auteurs de l'ancien droit, pouvait s'effectuer à la lettre. Il suffisait, pour qu'elle eût lieu, de les remettre entre les mains de l'acquéreur (3). Il était ainsi en possession, puisqu'ayant la détention corporelle de la chose, il pouvait désormais agir en propriétaire : *omnia ut dominum gerere.*

Quant aux choses incorporelles semblable remise était impossible, les choses incorporelles n'ayant pas de *corpus*. L'ancien droit exigeait cependant aussi une remise de leur possession pour que la propriété en fût transférée. Le simple accord des volontés était insuffisant à en constituer l'acquéreur propriétaire. Il en était ainsi pour les droits réels autres que la propriété, dont la tradition avait lieu *usu et patientia*, par le fait que le vendeur avait laissé l'acquéreur en jouir (4). Il en était de même pour les droits de créance. Le cessionnaire d'une créance n'en devenait propriétaire et ne pouvait opposer son

(1) Pothier : *Tr. du dr. de dom. de prop.*, n° 245, t. IX, p. 186.

(2) Pothier : *eod. loc.*, n° 194, t. IX, p. 168.

(3) Cette tradition pouvait d'ailleurs être *réelle*, *symbolique*, *longæ manus* ou *brevis manus*. Voy. Pothier : *eod. loc.*, n°s 195 à 207. Elle pouvait, en outre, être une tradition *feinte*, « résultant de certaines clauses apposées au contrat de vente ou de donation de la chose, ou autres contrats semblables ». Voy. Pothier : *eod. loc.*, n°s 208 à 213.

(4) Pothier : *eod. loc.*, n° 214, t. IX, p. 174.

droit *erga omnes* qu'à la suite d'une mise en possession. La mise en possession réelle, par la tradition du *corpus*, n'étant pas possible, ou dut y suppléer par un autre moyen.

Ce moyen est indiqué par l'article 108 de la Coutume de Paris : « un simple transport ne saisit point et faut signifier le transport à la partie et en bailler copie auparavant que d'exécuter (1) ». Le passage de Brodeau que nous avons cité plus haut nous a déjà fait connaître le sens du mot *saisir* dans cet article; cette expression était prise ici dans son sens ordinaire de mettre en possession. Tous les commentateurs de la coutume étaient d'accord à ce sujet : « Ne *saisit* point, dit Brodeau, *c'est-à dire ne transfère point la possession* de la personne du cédant en celle du cessionnaire, *pour le rendre possesseur* ; ce mot se prend en la même signification ci-après, article 318 : le mort saisit le vif (2). » « La cession ou transport, dit Ferrière, *ne rend pas le cessionnaire possesseur* et maître du droit cédé, qu'après qu'il a déjà été signifié, la *signification ayant effet et prise de possession* (3). »

174. — Ces deux passages permettent, à notre avis, d'affirmer avec une certitude entière, que la signification du transport est une mise en possession jouant, pour les choses *quæ in jure consistunt*, le même rôle que la tradition pour les choses corporelles. Nous pourrions donc borner là notre argumentation. La conclusion qui s'en dégage est la même que celle qui résulte

(1) Cf. Loysel : *Instit. cout.*, liv. III, tit. I, max. 10, et les notes, t. II, p. 363.

(2) Brodeau : *Comm. sur la Cout. de Paris*, t. I, p. 205. Brodeau ajoute : « la disposition de cet article est conforme à celle du droit romain, *l.* 3, *Cod.*, *de novat. et l. ult.*, *de transact.* ». Ce serait dans le droit romain que, d'après Brodeau, l'ancienne jurisprudence aurait puisé l'idée de la possession des créances. C'est là une erreur, Merlin : *Répertoire*, V° *Transport*, t. 35, p. 58, le fait remarquer avec raison. Elle a été commise aussi par E de Laurière dans ses *Textes des cout. de la prév. et vic. de Paris*, sur l'art. 108. Les deux lois que citent ces commentateurs n'ont ni le sens ni la portée qu'ils leur attribuent.

(3) Ferrière : *Cout. de Paris*, t. II, p. 125, n° 1.

de l'existence de la saisine héréditaire, à savoir que, dans l'ancien droit, les créances étaient susceptibles de possession. Mais plusieurs autres commentateurs et non des moindres, ont donné sur ce point des explications plus nettes encore : ce sont Eusèbe de Laurière, Argou, Bourjon et Pothier.

Le premier de ces auteurs est d'avis que « par le simple transport, le cessionnaire n'est pas saisi, c'est-à-dire que, par le simple transport, il n'a *pas la saisine ou la possession des actions transportées* (1) ». Les trois autres assimilent en termes exprès la signification du transport pour les choses incorporelles, à la tradition pour les choses corporelles.

« Les cessions et transports, dit Argou, ont été inventés pour faire passer la propriété des droits incorporels et des actions d'une personne à une autre, comme la vente, l'échange, la donation et les autres titres de cette nature font passer la propriété des choses corporelles d'une personne à autre. *Mais comme en matière de droits corporels, il faut, pour en transférer la propriété, une tradition, c'est-à-dire une mise en possession*, ou réelle et actuelle, ou feinte par rétention d'usufruit, constitut ou précaire, et qu'il n'est pas possible qu'un cessionnaire ait la possession réelle d'un droit incorporel ; *la Coutume de Paris, qui est suivie dans tout le reste du royaume, veut que le cessionnaire soit réputé saisi et en possession de la chose cédée, par la signification qu'il fait faire du transport à celui contre lequel le droit est cédé et transporté* (2). »

(1) Eus. de Laurière : *Textes des cout. de la prév. et vic. de Paris*, t. I, p. 317. *Adde* : *Cout. de la prév. et vic. de Paris*, avec les notes de M. C. du Molin, t. I, p. 192 : « Par l'art. 108 un simple transport ne saisit point qu'après signification et copie baillée, *id est* qu'il ne rend celui auquel il est fait possesseur du droit qu'a le cédant pour contraindre le débiteur, s'il n'est signifié, comme *ayant la signification en tels droits incorporels, effet de la prise de possession*, selon le Caron, en sorte que s'il n'y a signification du transport fait au débiteur, le cessionnaire n'est point réputé seigneur, et n'est point en possession de la chose cédée. »

(2) Argou : *Institution au droit françois*, liv. IV, ch. 5, t. II, pp. 414-415.

Bourjon, d'autre part, dans son ouvrage sur le *Droit commun de la France*, consacre une section entière à expliquer « *comment on entre en possession des droits incorporels* (1) ». La nature de ces effets, dit-il, rendant la délivrance réelle impraticable, *la loi y a pourvu par une certaine mise en possession* qu'on va expliquer. *On entre en possession de ces droits par la signification du transport* et cette signification doit se faire au débiteur de l'effet cédé ; *telle mise en possession produit tous les effets d'une mise en possession corporelle* ». Et le commentateur a le soin d'ajouter, pour que l'expression de sa pensée ne laisse place à aucune équivoque : « Telle signification ne vaut pas simplement saisie et arrêt, comme le pensent quelques praticiens, mais *saisine et possession de l'effet cédé, et possession légitime, ce qui est bien plus fort qu'une simple saisie et arrêt.* Telle est sur ce la jurisprudence du Châtelet ».

Pothier enfin couronne cette série d'explications dans deux passages très clairs et très formels insérés, l'un dans son *Traité de la vente*, l'autre dans son *Traité du droit de domaine de propriété*. « Le transport d'une rente ou autre créance est, avant que la signification en ait été faite au débiteur, ce qu'est la vente d'une chose corporelle avant la tradition : de même que le vendeur d'une chose corporelle demeure, avant que la tradition en ait été faite, propriétaire et possesseur de la chose qu'il a vendue... ; de même, tant que le cessionnaire n'a point fait signifier au débiteur le transfert qui lui a été fait, *le cédant n'est point dessaisi de la créance* qu'il a transportée (2). » Pour qu'il soit dessaisi, il faut une mise en possession. Comment peut-on opérer cette mise en possession ?

Pothier résout ce problème dans le paragraphe VII de la section IV du chapitre II de son *Traité du droit de domaine de propriété*, consacré à l'étude de la tradition.

(1) Bourjon : *Dr. comm. de la France*, t. I, p. 405, nos VII à XI.
(2) Pothier : *Tr. de la vente*, n° 554, t. III, p. 219.

« Les choses incorporelles, dit-il, n'étant pas susceptibles de possession, puisque la possession consiste dans une détention corporelle qu'on a d'une chose, c'est une conséquence qu'elles ne sont pas non plus susceptibles de tradition, la tradition n'étant autre chose qu'une translation de possession. Néanmoins comme à défaut de possession proprement dite, on reconnait une espèce de quasi-possession des choses incorporelles, laquelle consiste dans l'usage qu'on en fait, il doit y avoir aussi une espèce de tradition des choses incorporelles.

Cette tradition, à l'égard des droits réels, se fait *usu et patientia*, c'est-à-dire, lorsque celui, au vu et au su duquel il en use, l'en souffre user (1). Par exemple, si je me suis obligé de vous constituer un droit de passage sur mon héritage, je suis censé vous faire la tradition de ce droit, lorsque vous commencez à y passer et que je le souffre ; si je me suis obligé de vous donner un droit de vue sur ma maison, lorsque vous avez ouvert une fenêtre dans le mur mitoyen et commun, et que je l'ai souffert.

A l'égard des droits de créance, lorsque quelqu'un m'a fait une cession ou transport d'une créance, la tradition ne peut s'en faire que par la signification que je fais faire de mon acte de transport à celui qui en est le débiteur.

C'est ce qui est porté par l'article 108 de la Coutume de Paris, qui fait à cet égard un droit commun. Il y est dit : *Un simple transport ne saisit point* ; *il faut signifier le transport à la partie et en donner copie.*

Cette signification se fait par un sergent. *L'acceptation que le débiteur fait du transport, a le même effet que la signification du transport* ; *elle tient lieu de la tradition de la créance cédée, et en transfère la propriété au cessionnaire....*

Faute de signification ou d'acceptation du transport de la

(1) Cf. Javol., lib. 5 *ex posterioribus Labeonis*, D., *de servit.*, VIII, 1, 20 et art. 1607, C. civ.

créance, la propriété n'en est point transférée au cessionnaire ; le cédant en demeure toujours le propriétaire (1)... »

175.— Il nous semble qu'on ne saurait être plus clair, plus précis, plus nettement affirmatif. Pothier assimile expressément la quasi-possession des créances à celle des *jura in re quæ in jure consistunt*. On n'a jamais douté que ceux-ci fussent, dans l'ancien droit, susceptibles de possession. N'y a-t-il pas contradiction manifeste, erreur de raisonnement évidente, à nier la possibilité de posséder celles-là ? Si les auteurs de l'ancien droit avaient tenté de résoudre le problème juridique qui fait la matière de ce travail, ils fussent, sans nul doute, arrivés à la même conclusion que nous. S'ils ne l'ont pas entrepris, c'est qu'il leur paraissait résolu par lui-même. Ils n'ont même pas soupçonné que la question pût faire difficulté. Ils parlaient de saisine ou de possession des droits incorporels, et, parmi ceux-ci, des créances, comme ils parlaient de celle des objets matériels. C'est une idée qui leur était familière.

176. — En dehors des considérations générales qui précèdent, il en existe une autre, relative à une catégorie spéciale de créances, qui démontre avec une certitude plus grande encore, s'il est possible, la vérité de cette affirmation. Cette considération particulière se rencontre à propos des rentes constituées.

On appelait ainsi les rentes établies comme condition de l'aliénation d'une somme d'argent. Elles étaient créées à l'aide d'un contrat, dit de constitution de rente, imaginé par les praticiens pour éluder la prohibition d'origine canonique du prêt à intérêt. Ce contrat n'était, juridiquement, qu'une vente dans laquelle l'emprunteur jouait le rôle de vendeur, le prêteur le rôle d'acheteur. La chose vendue, c'était la rente ; le prix, c'était le capital prêté. Le vendeur devenait propriétaire du capi-

(1) Pothier : *Tr. du dr. de dom. de propr.*, nos 214 et 215, t. IX, pp. 174 175.

tal livré par l'acheteur; celui-ci devenait titulaire du droit de rente, dont le vendeur s'obligeait à lui payer les arrérages.

177. — Ces rentes se divisaient, à l'origine, en deux catégories : les unes étaient de simples créances ; les autres formaient, à l'instar des rentes foncières, de véritables droits réels. Elles affectaient ce dernier caractère quand elles étaient *réelles*, c'est-à-dire quand le débirentier avait affecté à la garantie du paiement régulier des arrérages un de ses biens sur lequel elles étaient assises ou assignées (1). C'étaient alors de véritables droits dans la chose, des démembrements de la propriété qui pouvaient s'acquérir par prescription et dont la jouissance était, comme celle de tous les autres droits réels, garantie par l'action possessoire. On pouvait donc les posséder. « Autrefois, dit Pothier, les rentes constituées à prix d'argent étaient des charges réelles des héritages sur lesquels elles étaient constituées aussi bien que les rentes foncières créées par bail d'héritage (2). » Mais un arrêt du Parlement de Paris du 10 mai 1557, consacrant la doctrine de Dumoulin, vint ordonner « l'insertion dans la Coutume de Paris d'un nouvel article substitué aux anciens articles 58 et 61, duquel il résultait que les rentes assignées n'étaient plus réputées faire partie des fonds comme les foncières et n'en diminuaient pas la valeur (3) ». « Aujourd'hui, dit Eusèbe de Laurière, le droit des rentes constituées est entièrement changé... ; elles ne sont plus des droits *réels ni dus par les fonds*, mais elles sont dues par les personnes, et les fonds y sont seulement hypothéqués, comme aux simples dettes exigibles (4). » A partir du jour où ce changement fut apporté dans

(1) Eusèbe de Laurière : *Ténement de cinq ans*, ch. II, n° 137, cité par Baudry-Lacantinerie et Chauveau : *Des biens*, n° 163, p. 126 ; — Pothier : *Tr. du contr. de const. de rente*, ch. V, art. I, t. III, pp. 477 et s.

(2) Pothier : *Tr. de la prescr.*, n° 132, t. IX, p. 365.

(3) Baudry-Lacantinerie et Chauveau : *Des biens*, n° 163, p. 126.

(4) Eusèbe de Laurière : *Textes des cout. de la prév. et vic. de Paris*, t. I, p. 278.

la nature des rentes constituées, elles ne furent plus que de simples créances, « quand même elles avaient un assignat spécial (1) ».

178. — Cessèrent-elles dès lors d'être susceptibles de possession? — Il n'en fut rien. Le simple exercice de la rente constituée, le simple fait de la part d'une personne se disant crédirentière d'avoir perçu régulièrement les arrérages, produisit, après cette réforme comme auparavant, des conséquences juridiques que l'idée de possession seule permet d'expliquer.

Les rentes constituées furent d'abord, comme par le passé, protégées par la voie de l'action possessoire. En outre, d'après Dumoulin, Eusèbe de Laurière, Dunod de Charnage et Pothier, le droit de rente constituée pouvait s'établir, même au pétitoire, « par le rapport de simples actes probatoires de la prestation des arrérages (2) ». Il fallait distinguer, à cet égard, suivant que cette prestation avait été faite, à celui qui se prétendait créancier de la rente, par celui qu'il prétendait en être le débiteur ou par ses auteurs, pendant dix ans au moins, trente ans au moins, ou pendant cent années.

179. — Dans le premier cas, cette prestation, à la vérité, n'était pas suffisante pour faire acquérir la rente par la prescription, mais elle établissait, suivant la doctrine de Dumoulin, même au pétitoire, une présomption de son existence assez forte pour faire condamner le débiteur à continuer de la servir (3). La jouissance que l'on avait eue pendant dix ans d'un droit de rente constituée pouvait être invoquée comme preuve de l'existence de ce droit. C'était au défendeur actionné en paiement à démontrer, par une preuve contraire, en rapportant,

(1) Pothier : *Tr. de la prescr.*, n° 132, t. IX, p. 365.

(2) Pothier : *Tr. du contr. de constit. de rente*, n° 157, t. III, p. 495.

(3) Dumoulin : *Tractatus contractuum, usurarum et redituum*, quœst. XX, n° 206, t. II, p. 80 ; — Pothier : *Tr. du cont. de const. de rente*, n° 157, t. III, p. 495.

par exemple, un acte d'amortissement, qu'il n'en était pas débiteur. Pour tout dire en un mot, l'extériorité du droit de rente créait au profit de la personne en qui elle résidait une présomption *juris tantum* de l'existence de la rente. C'est une conséquence juridique.

180. — Dans le second cas, la prestation des arrérages continuée pendant trente ans, entraînait des effets plus puissants. Cette prestation opérait contre celui qui avait payé les arrérages pendant un aussi long temps, non, comme dans le cas précédent, une simple présomption que la rente était due, non une présomption qui pouvait se détruire par des preuves contraires, mais un droit de prescription (1). La personne qui avait perçu les arrérages pendant cette durée devenait propriétaire de la rente par l'usucapion (2). Et il en était ainsi, non seulement quand la rente avait été usurpée sur un tiers à qui elle était réellement due par celui qui l'avait acquittée pendant trente ans (3), mais même s'il n'avait, originairement, existé aucune rente. Une extériorité aussi prolongée de la rente avait pour résultat de lui donner l'existence. Elle créait la rente. Elle faisait naître une présomption *juris et de jure* d'un contrat primitif de constitution. Le débiteur n'avait désormais aucun moyen d'éviter une condamnation, rapportât-il un titre démontrant que la rente par lui payée avait été amortie par ses auteurs (4).

A fortiori en était-il ainsi quand la prestation des arrérages avait duré cent années. On faisait à cette hypothèse application de la maxime : possession immémoriale vaut titre (5).

(1) Pothier : *Tr. du cont. de constit. de rente*, n° 158, t. III, p. 495.

(2) E. de Laurière : *Textes des cout. de la prév. et vic. de Paris*, t. I, p. 278, cité *suprà*, n° 143 ; — Pothier : *Tr. du cont. de constit. de rente*, n° 158, t. III, p. 495 ; — Dunod : *Tr. des presc.*, part. III, ch. VII, p. 305.

(3) Pothier : *Introd. au tit. XIV de la Cout. d'Orléans*, n° 8, t. I, p. 382 ; *Tr. de la prescr.*, n°s 16 et 132, t. IX, pp. 322 et 365.

(4) Dumoulin : *Tract. cont., usur. et redit.*, quæst. XX, n° 206, t. II, p. 80 ; — Pothier : *Tr. du contr. de constit. de rente*, n° 158, pp. 495-496.

(5) Dumoulin: *Tract. cont., usur. et redit.*, quæst. XX, n° 206, t. II, p. 80 ; —

181. — Ces solutions de l'ancien droit sur les rentes constituées confirment d'une manière éclatante les déductions que nous avons tirées de l'existence de la saisine et de l'article 108 de la Coutume de Paris. Elles ne sont qu'une application particulière d'un principe général d'après lequel toutes les créances sont susceptibles de possession. Non seulement les jurisconsultes coutumiers ont dégagé de l'idée que les créances sont des biens analogues aux droits réels et transmissibles comme eux cette conséquence logique que leur propriété passe de l'aliénateur à l'acquéreur par la voie de la tradition ; mais ils sont allés plus loin : ils ont reconnu au simple exercice de certaines créances le pouvoir d'en déplacer la propriété ; ils ont même attribué à cet exercice un pouvoir créateur : celui d'établir, de faire naître un droit inexistant. C'est la mise en œuvre la plus remarquable et la plus énergique de la présomption de conformité entre la réalité et l'apparence qui constitue l'effet essentiel de la possession. Toutes ces conséquences concordent à merveille avec notre critérium ; elles prouvent avec une évidence lumineuse que les créances, dans l'ancien droit, faisaient partie du domaine possessoire.

Pothier : *Tr. du contr. de constit. de rente*, n° 165, t. III, pp. 497-498. Ce dernier cas ne rentre pas dans le second, ainsi qu'on le pourrait croire au premier abord. Voy. les différences entre ces deux hypothèses dans Pothier, *ubi suprà*, p. 164, note 1.

CONCLUSION SUR L'ANCIEN DROIT.

182. — Avec la section que nous venons de terminer, s'achève notre étude sur l'ancien droit français. Une conclusion intéressante s'en dégage. La bien mettre en relief est indispensable pour établir avec certitude la théorie du Code civil.

Nous avons dit, au cours de notre introduction, que la notion possessoire qui a fait la base de nos recherches, était celle de l'ancien droit, aussi bien que de la législation romaine. Nous avons ajouté : la suite de notre travail en donnera la preuve. Cette preuve est maintenant acquise. Certes, on ne saurait contester que la théorie des Glossateurs ait été adoptée par les jurisconsultes coutumiers. Mais la notion étroite du *corpus* qui la caractérise fut sans influence sur la possession des droits. Dans toute personne qui jouissait d'un droit comme en jouit normalement le titulaire, on vit un possesseur. On considéra la possession comme l'extériorité, la visibilité des droits. Les auteurs coutumiers, à l'exception de quelques docteurs particulièrement versés dans la connaissance des lois romaines, ne distinguèrent même pas la possession de la quasi-possession. La possession s'appliquait aux droits aussi bien qu'aux choses. Au XVIII[e] siècle, il ne se trouvait guère que Pothier, pour discerner, à l'exemple des Glossateurs dont il suivait la doctrine, la possession proprement dite de la quasi-possession. Et néanmoins Pothier, — le seul des auteurs coutumiers qui se soit demandé, à notre connaissance, « quelles choses sont susceptibles, ou non, de la possession et de la quasi-possession (1) » — en est

(1) *Traité de la possession*, n[os] 37 et 38, t. IX, p. 278.

arrivé lui-même à considérer tous les droits comme susceptibles d'être possédés. S'il commence par dire que les choses *corporelles* composent à elles seules tout le domaine possessoire : *possideri possunt quæ sunt corporalia*, il a le soin d'ajouter aussitôt : « les choses *incorporelles*, c'est-à-dire celles *quæ in jure consistunt*, ne sont pas susceptibles à la vérité d'une possession véritable et proprement dite ; mais elles sont susceptibles d'une quasi-possession, *jura non possidentur, sed quasi possidentur* (1). Cette quasi-possession d'un droit consiste dans la jouissance qu'en a celui à qui il appartient. Par exemple, je suis censé avoir la quasi-possession d'un droit de dixme (2) ou d'un droit de champart, par la perception que je fais de la dixme ou du champart. Je suis censé avoir la quasi-possession d'un droit de fief, d'un droit de censive, d'une rente soit foncière, soit constituée, par les aveux qui m'en sont portés, par les reconnaissances qui me sont passées, par le paiement qui m'est fait, soit des cens, soit des arrérages de la rente. Je suis censé avoir la quasi-possession d'un droit de servitude, lorsque je fais dans l'héritage, au vu et au su du propriétaire de cet héritage, ce que mon droit de servitude me donne droit d'y faire. J'ai la quasi-possession d'un droit de justice sur un territoire, par les actes judiciaires qu'y font mes officiers ; par la comparution des justiciables aux assises que tient mon juge, et par le défaut qu'il prononce contre les absents. *En général, la jouissance que j'ai de quelque droit que ce soit, en est une quasi-possession* (3) ».

(1) C'est une idée sur laquelle Pothier revient fréquemment. V. *Tr. du dr. de dom. de propr.*, n° 214 ; *Tr. de la poss.*, n° 88 ; *Tr. de la prescr.*, n° 16, t. IX, pp. 174, 293, 322.

(2) Nous n'avons pas parlé du droit de dîme, au cours de nos explications, à cause de son origine canonique. V. *suprà*, p. 90, note 2.

(3) Pothier : *Tr. de la poss.*, n° 38, t. IX, p. 278. La possession, par suite de l'absence de distinction précise entre le droit privé et le droit public, avait dans l'ancien droit un si vaste domaine que Loyseau allait jusqu'à dire que les rois avaient acquis par une longue possession la propriété même de la souveraineté. « Il y a desjà longtemps que tous les roys de la

183. — Nous avons cru devoir citer textuellement tout ce passage. Il montre que, malgré la théorie étroite des Glossateurs, l'ancien droit était parvenu à la notion scientifique de la possession telle que nous l'avons exposée en tête de cette étude, à cette réserve près que la confusion, qu'il ne sut pas éviter, du droit de propriété avec son objet, le conduisit à considérer la possession proprement dite comme s'appliquant à des choses et non à des droits. Mais, cette inexactitude mise à part, les anciens auteurs, et Pothier spécialement, ont bien vu dans la possession l'extériorité du droit. S'ils n'ont pas employé cette formule concise d'Ihering, ils ont eu la conception nette de l'idée qu'elle exprime. Etant parvenus à la conception scientifique de l'idée de possession, ils devaient tout naturellement parvenir à la conception rationnelle de son domaine. Ils y sont parvenus. Nous pouvons terminer cette seconde partie de notre travail en disant avec une pleine assurance : l'ancien droit français dans son dernier état a considéré tous les droits comme susceptibles d'être possédés ; la possession a atteint dans l'ancien droit français les extrêmes limites de son domaine rationnel.

terre, qui par concession volontaire des peuples, qui par usurpation ancienne, laquelle fait loy en matière de souverainetez qui n'en peuvent recevoir d'ailleurs, *ont prescrit la propriété de la puissance souveraine* et l'ont jointe avec l'exercice d'icelle. » Cité par Esmein : *Cours élém. d'hist. du dr. fr.*, p. 347.

TROISIÈME PARTIE

LE DROIT ACTUEL.

---

184. — La théorie possessoire est passée directement de l'ancien droit dans nos lois actuelles. Il n'a été promulgué, au cours de la période révolutionnaire, aucune disposition législative qui l'intéresse autrement que par voie de conséquence : telle la loi du 4 août 1789 « portant abolition du régime féodal » et entraînant la disparition des droits auxquels il avait donné naissance. Laissant de côté le droit intermédiaire, nous pouvons donc arriver de suite au Code civil et nous demander ce qu'il a fait en notre matière. Consacre-t-il la notion large et précise de la possession que nous avons esquissée au début de ce travail ? Considère-t-il que tous les droits sont susceptibles d'être possédés ? C'est ce que nous allons rechercher dans cette troisième partie, en consacrant à chacune de ces deux questions un chapitre particulier. Nous bornerons toutefois nos développements sur la première à ce qu'il est nécessaire de connaître sur ce point pour donner à la seconde la solution qu'elle comporte.

CHAPITRE PREMIER

NOTION DE LA POSSESSION DANS LE DROIT ACTUEL.

185. — La possession est définie par l'article 2228 du Code civil « la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit, que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom ».

La simple lecture de ce texte suggère d'intéressantes réflexions. Elle permet de remarquer d'abord que le Code civil, à l'exemple de la plupart des auteurs coutumiers, ne distingue plus la possession proprement dite, applicable aux choses, de la quasi-possession, applicable aux droits. Il les assimile et les fond en une institution unique.

Cette lecture montre ensuite que le Code civil voit dans la possession ainsi généralisée « la *détention ou la jouissance d'une chose* ou d'un droit ». Il ne dit pas : la *détention d'une chose ou la jouissance d'un droit.* Il fait de *détention* le synonyme de *jouissance.* Quand elle s'applique aux choses, par conséquent, la possession ne consiste pas dans le fait unique et essentiel de l'appréhension, de la mainmise actuelle ; elle est le fait de jouir de ces choses, d'en retirer les avantages qu'elles comportent. Le pouvoir physique n'est pas l'élément indispensable de la possession ; il n'en est qu'un élément accidentel. On possède une chose comme on possède un droit, quand on en jouit, quand on en use comme en jouit et en use le propriétaire.

Le Code ne parle pas, en troisième lieu, de l'action possessoire. Rien, dans les termes qu'il emploie, ne permet de penser qu'il l'ait considérée comme unie à l'idée de possession d'une

manière si étroite qu'elle en soit une conséquence nécessaire. La définition du Code civil ne permet pas, en d'autres termes, de dire que là où la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit n'est pas, en elle-même, protégée par l'action possessoire, cette détention ou cette jouissance ne constitue pas une possession juridique.

En quatrième lieu, l'article **2228** ne distingue pas la possession civile de la possession naturelle, et aucune autre disposition du Code ne permet de penser que ses rédacteurs aient eu l'intention de conserver sur ce point les distinctions de Pothier.

Une cinquième remarque s'impose enfin sur cette définition : c'est son extrême généralité. Elle ne limite pas la possession à une catégorie déterminée de droits ; elle semble considérer tous les droits, sans exception, comme susceptibles d'être possédés (1).

186. — En définitive, à s'en tenir à la définition du Code, l'essence de la possession consiste dans le simple fait de jouir d'une chose ou d'un droit. Et comme cette jouissance se manifeste par l'accomplissement d'actes extérieurs, positifs, apparents, visibles, on peut dire que, d'après le Code civil, « la possession est l'ensemble des actes par lesquels l'exercice d'un droit se manifeste extérieurement (2) ». Posséder c'est, selon l'expression très heureuse de la loi 2, au Code de Justinien (VII. 32), *omnia ut dominum gerere*. La notion d'Ihering est en parfait accord avec celle du Code civil : la possession est

(1) A ces cinq remarques, il faudrait en ajouter une sixième, fort importante, si nous voulions donner de la possession une théorie d'ensemble ; la définition de l'article 2228 ne fait aucune allusion à l'*animus*, élément possessoire qui joue un rôle considérable dans la théorie régnante. Le Code ne dit pas que, pour être un possesseur, il faille joindre au fait de jouir d'une chose ou d'un droit une intention déterminée, consistant dans la volonté d'user de cette chose ou de ce droit comme sien. Ce n'est que dans l'article 2229 qu'il parle de la possession *à titre de propriétaire*, comme d'une qualité analogue à la continuité, à la publicité, etc... Nous ne faisons qu'indiquer cette idée . Voy. *suprà*, p. 18, note 2, ce que nous avons dit de l'élément intentionnel de la possession.

(2) Baudry-Lacantinerie : *Précis*, 6e éd., t. I, n° 1292, p. 691.

l'extériorité du droit. Elle est l'extériorité du droit dont on jouit, quand elle constitue la jouissance d'un droit. Elle est l'extériorité de la propriété quand elle se révèle par la détention ou la jouissance d'une chose. En réalité, en effet, quand le Code civil parle de la détention d'une chose, il a en vue le droit de propriété, qu'il considère comme une chose corporelle, parce qu'il la confond, ainsi qu'on l'a fait de tout temps, avec son objet. L'existence de la prescription, nous avons attiré l'attention sur ce point au début de ce travail, en est une preuve certaine. La prescription ne fait pas acquérir la chose, mais le droit de propriété auquel la chose est soumise. Or, l'on acquiert ce que l'on a possédé, la prescription ne faisant que transformer le fait en droit, qu'imprimer à un état de fait le caractère de légalité qui lui manque. Si la possession a pour résultat de faire acquérir le droit de propriété, c'est qu'elle s'applique à ce droit lui-même ; c'est que la possession appelée par le Code « la détention ou la jouissance d'une chose » est l'extériorité de la propriété. C'est que, d'une manière générale, la possession, pour le Code comme pour les Romains, est l'extériorité du droit. Voilà la seule notion à laquelle conduise l'examen attentif de l'article 2228, si on l'entreprend sans idée préconçue, en s'inspirant de cette règle excellente d'interprétation juridique que formulait le titre préliminaire du projet du Code civil : « quand une loi est claire, il ne faut point en éluder la lettre sous prétexte d'en pénétrer l'esprit ».

187.— C'est également la seule notion qui se dégage des travaux préparatoires. Les rédacteurs du Code civil n'ont pas vu dans la possession ce pouvoir physique déjà réalisé ou immédiatement réalisable qui se trouve indiqué dans tous les ouvrages comme l'essence de la possession. Ils se sont élevés à la conception de la jouissance du droit. S'ils n'ont pas employé le substantif « extériorité » pour caractériser la possession, ils ont eu recours à l'adjectif correspondant. « Posséder, disait Bigot-

Préameneu, est un fait *positif, extérieur et continu qui indique la propriété* (1). » Est possesseur, en un mot, celui qui a l'apparence du droit de propriété ; ou, en termes plus généraux encore, celui qui est le titulaire apparent d'un droit, qui l'exerce en fait et en retire les avantages, celui qui, aux yeux des tiers, passe pour propriétaire, à raison de la situation qu'il occupe, de la manière dont il se conduit (2). Le seul reproche que l'on puisse adresser aux rédacteurs du Code, c'est d'avoir, comme on l'avait fait de tout temps avant eux, confondu le droit de propriété avec son objet. Ils n'ont pas remarqué qu'en réalité on possède le droit de propriété et non la chose qui s'y trouve soumise, de même qu'on possède le droit de servitude et non le fonds assujetti. Voilà pourquoi ils ont défini la possession « la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit ». Sans cette confusion, ils eussent dit, employant des expressions rigoureusement scientifiques, « la possession est la jouissance d'un droit » ou, plus simplement encore, selon la formule concise d'Ihering, que nous avons déjà bien des fois donnée, « la possession est l'extériorité du droit ». Mais, si tel n'a pas été leur langage, telle a bien été leur pensée. L'existence de la prescription, nous l'avons fait remarquer, en est la preuve. Puisque, grâce à elle, on acquiert le droit de propriété, c'est bien le droit de propriété que l'on possède.

Nous croyons, en conséquence, contrairement à l'opinion classique, qu'on doit se tenir aux termes de l'article 2228 et aux travaux préparatoires. Ils se suffisent à eux-mêmes. Il n'y a pas lieu de les compléter, comme l'ont fait, en général, les auteurs, par la doctrine de Savigny. Introduire cette doctrine dans le Code civil, c'est assurément en violer les dispositions.

(1) Poncelet : *Motifs et disc. du C. civ.*, p. 778 ; — Fenet, t. XV, p. 574 ; — Locré, t. XVI, p. 558. Au lieu de « continu », Locré a imprimé « convenu ». Cette erreur a été reproduite par MM. Baudry-Lacantinerie et Tissier : *De la prescr.*, n° 197.

(2) Comp. Saleilles : *Elém. constit. de la poss.*, n° 81, *Rev. bourg.*, 1893, pp. 318 et s.

Il est certain que ses rédacteurs ignoraient l'ouvrage du jurisconsulte allemand. Comment saurait-il être douteux qu'ils n'ont pu consacrer les théories qu'il expose? Il leur eût fallu les inventer et l'on peut affirmer qu'ils ne l'ont point fait.

188.— De ces diverses considérations il résulte que, rationnellement, dans le droit actuel, comme dans les deux législations qui l'ont précédé, la possession est susceptible d'embrasser dans son domaine tous les droits possibles. L'article 2228, en effet,— c'est la dernière remarque que nous ait suggérée sa lecture — ne limite pas les droits dont la jouissance constitue une possession. « La possession *en général*, dit encore Bigot-Préameneu, est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'*un droit.* » A ce point de vue comme au précédent, la doctrine a cru nécessaire de préciser les idées du législateur en donnant au domaine de la possession des bornes étroites. Les auteurs sont unanimes à dire que la possession ne s'applique qu'aux droits réels. C'est ainsi, pour citer les plus récents, que MM. Baudry-Lacantinerie et Tissier, après avoir érigé en principe, comme nous l'avons fait nous-même, que la possession s'applique toujours à des droits, professent que « tous les droits ne sont pas susceptibles de possession ; les droits réels mobiliers ou immobiliers seuls peuvent, disent-ils, être l'objet d'une possession. Dans notre législation, ni les créances, ni les universalités juridiques, telle qu'une hérédité, ne peuvent être possédées (1) ».

Faut-il restreindre à ces limites la définition du Code civil? Faut-il considérer les droits réels comme seuls susceptibles d'être possédés? Faut-il, au contraire, étendre le domaine de la possession à l'état des personnes et aux créances? Ces questions nous ramènent au cœur même de notre sujet. C'est là précisément le problème juridique que nous devons résoudre en recherchant dans notre second chapitre : quel est l'objet de la possession dans la législation actuelle.

(1) Baudry-Lacantinerie et Tissier : *De la prescr.*, n° 208, p. 120.

CHAPITRE II

DE L'OBJET DE LA POSSESSION DANS LE DROIT ACTUEL.

189. — Dans chacun des chapitres de notre première et de notre seconde parties sur l'objet de la possession, nous avons consacré une section particulière aux choses corporelles. Considérant que, dans le droit moderne, la possession ne s'applique plus qu'à des droits, nous diviserons ce chapitre en trois sections seulement, dans lesquelles nous étudierons successivement :

I. — Les droits réels;
II. — L'état des personnes;
III. — Les créances.

SECTION I. — **Les droits réels.**

189 *bis*. — La loi moderne, en consacrant l'abolition du régime féodal, a fait disparaître tous les droits réels nés avec lui dont l'existence était inconciliable avec les principes sur lesquels repose l'organisation nouvelle de la société. Elle a donné, en outre, à toutes les rentes, le caractère de simples droits de créance. Le nombre des droits réels s'est ainsi trouvé réduit dans nos lois à ce qu'il était chez les Romains. Il n'existe pas aujourd'hui d'autres droits réels que la propriété et ses démembrements : servitudes et sûretés réelles. Tous ces droits sont-ils susceptibles de possession ?

Avant d'indiquer la manière dont cette question doit, selon

nous, être résolue, nous croyons devoir faire de la théorie régnante un sommaire exposé.

190. — Cette théorie repose sur deux principes que l'on peut formuler dans les termes suivants : 1° Il existe deux espèces de possession : l'une, véritable et proprement dite, qui a pour objet des choses corporelles (*corporis possessio*) ; l'autre, qui n'est appelée possession que par analogie avec la première, et qui comprend des droits dans son domaine (*juris possessio* ou *quasi-possessio*) (1) ; 2° La possession ne produit qu'un effet essentiel : l'action possessoire. Toute détention d'une chose, toute jouissance d'un droit, qui ne sont pas en elles-mêmes protégées par l'action possessoire, n'affectent pas le caractère d'une possession. La chose ou le droit auxquels s'applique cette détention ou cette jouissance ne sont pas susceptibles d'être possédés (2).

Voici les conséquences que l'on fait découler de ces deux principes : En premier lieu, les meubles ne pouvant aujourd'hui, de même que dans l'ancien droit, faire l'objet d'une action possessoire, il s'ensuit que la possession proprement dite laisse en dehors de son domaine toutes les choses mobilières corporelles (3). Sont seules susceptibles de la possession pro-

(1) Wodon, nos 355,357, t. II, pp. 57 et s., n° 459, t. II, p. 212 ; — Aubry et Rau, § 178, t. II, p. 109, § 179, pp. 111 et 119. Beaucoup d'auteurs, à vrai dire, ne distinguent pas, dans leur langage, la possession de la quasi-possession. Mais, en fait, ils conservent la distinction, puisqu'ils admettent tous (sauf MM. Baudry-Lacantinerie et Tissier) une possession qui s'applique à des choses et une possession qui s'applique à des droits.

(2) Wodon, nos 39 à 50, t. I, pp. 54 à 70. Voy. notamment n° 48, p. 67. Cf. Bélime : *op. cit.*, n° 7, *in fine*, p. 9. — *Contrà* : Aubry et Rau, § 182, t. II, pp. 139 et 140. Nous citons de préférence ici les auteurs de traités spéciaux, la plupart des auteurs d'ouvrages d'ensemble n'ayant pas résolu la question des effets de la possession et ceux qui l'ont traitée n'étant pas d'accord.

(3) Wodon, nos 198, 204, 356, 357, 455, 637, t. I, pp. 247, 255, t. II, pp. 59, 207, t. III, p. 150 ; — Molitor : *op. cit.*, nos 87 et 95, pp. 160, 176-177. — *Contrà* : Aubry et Rau, § 183, t. II, pp. 143 et s. C'est, du reste, un point sur lequel les auteurs sont divisés.

prement dite les choses corporelles immobilières. Et encore en est-il, parmi ces dernières, qui ne peuvent être possédées : ce sont les choses hors du commerce. L'objet de la possession proprement dite se limite, en définitive, aux choses corporelles immobilières qui se trouvent *in commercio* (1).

Quant à la *juris possessio*, « elle ne s'applique qu'aux droits réels immobiliers de servitude, de jouissance ou d'usage » qui peuvent « donner lieu à une action possessoire (2) », c'est-à-dire aux servitudes prédiales, réelles ou personnelles.

191.— Si cette théorie permet, d'une manière générale, de donner satisfaction aux nécessités pratiques, elle ne saurait, à notre avis, être justifiée d'une manière rationnelle. Elle enferme en soi d'irréductibles inconséquences. L'action possessoire étant, aux yeux de ceux qui la professent, le critérium de l'idée de possession, il est très logique d'exclure du domaine de la possession les choses corporelles mobilières. Pour elles, en effet, il est certain que l'action possessoire ne peut être intentée. Mais, pourquoi limiter ainsi le domaine de la possession aux choses qui se trouvent *in commercio*? La théorie régnante, ne l'oublions pas, repose sur les deux idées du *corpus* et de l'*animus* telles que les a conçues Savigny. La possession est, selon elle, la détention d'une chose jointe à l'intention de se conduire en fait, à son égard, de la même manière qu'un propriétaire aurait la faculté légale de le faire en vertu de son droit. Elle se résoud, aux yeux des auteurs actuels, en la coexistence de ces deux éléments constitutifs : *corpus* et *animus domini*. En bonne logique, par conséquent, la possession devrait exister partout où ils se rencontrent. Et l'on ne saurait nier qu'ils puissent être réunis sur des choses corporelles im-

(1) Wodon : *op. cit.*, nos 455, t. II, p. 207, 459, t. II, p. 212.

(2) Aubry et Rau, § 178, t. II, p. 109.— Cf. Wodon : *op. cit.*, no 459, t. II, p. 212 ; — Molitor : *op. cit.*, nos 90 à 97, pp. 164 à 198.

mobilières placées hors du commerce. Pourquoi donc celles-ci ne peuvent-elles être possédées?

Il ne suffit pas de répondre, pour le justifier, que les choses hors du commerce ne sont pas susceptibles d'*animus domini* (1). C'est une assertion. Il resterait à démontrer son exactitude. L'*animus domini* est un élément de la possession purement intellectuel. Il se comprend aussi bien, et il est aussi légitime, à l'égard d'une chose corporelle placée *extra commercium* qu'à l'égard de la chose d'autrui et que le détenteur sait être à autrui. Or, dans ce dernier cas, l'*animus domini* fait de celui qui détient la chose un possesseur; nul ne le conteste. La logique voudrait que les deux situations fussent assimilées.

Il ne suffit pas d'avantage d'ajouter, comme le fait Savigny pour le droit romain, qu'une telle solution est « une conséquence immédiate de la notion de la possession (2). » C'est encore une affirmation que rien ne justifie. Elle soulève les mêmes objections que la précédente.

En quoi est-il contraire aux conceptions du *corpus* et de l'*animus domini* de considérer comme susceptibles de possession les choses hors du commerce? En quoi la solution opposée leur est-elle conforme? La notion possessoire de Savigny et l'idée que ce jurisconsulte et ses adeptes se font du domaine de la possession n'ont entre elles aucun rapport nécessaire. Celle-ci n'est pas, au point de vue qui nous occupe, la conséquence de celle-là. La théorie de l'objet de la possession proprement dite, telle que la conçoivent les disciples de Savigny, est donc irrationnelle.

192. — Le même reproche a plus de justesse encore, adressé à la *juris possessio*. La doctrine actuelle réduit le domaine de cette seconde espèce de possession aux servitudes réelles et aux droits d'usufruit, d'usage et d'habitation. Elle considère, en

(1) Wodon: *op. cit.*, n° 385, t. II, p. 63 et les renvois.
(2) Savigny: *op. cit.*, p. 103. — Cf. Ihering: *Fond. des int. possess.*, p. 130.

d'autres termes, comme seuls susceptibles de la quasi-possession les droits réels qui constituent des démembrements proprement dits de la propriété (1), qui ont pour résultat d'enlever au propriétaire tout ou partie de son *jus utendi* ou de son *jus fruendi. Elle fait entrer dans le domaine de la* juris possessio *les démembrements de la propriété ; elle en exclut le droit de propriété lui-même. Seul de tous les droits réels, celui qui, par excellence, a ce caractère, — étant la réunion de tous les autres — n'est pas susceptible d'être possédé.* N'est-ce pas là une étrange anomalie ? Est-il concevable que les démembrements de la propriété puissent faire l'objet de la *juris possessio*, alors que la propriété elle-même ne le peut pas ?

193. — Ces inconséquences mettent bien en lumière ce qu'il y a d'illogique et d'inexact dans la théorie actuelle de l'objet de la possession. Il est bien simple cependant et bien facile d'établir cette théorie sur des bases vraiment juridiques et de la mettre d'accord avec la raison. Le moyen se rencontre dans les principes que nous avons donnés pour assises à notre travail : il n'existe pas deux sortes de possession, dont l'une soit proprement dite, dont l'autre doive être qualifiée de *juris possessio* ; dont la première ait pour objet des choses, pendant que la seconde s'applique à des droits. La possession est une ; elle a toujours des droits dans son domaine. Ces principes permettent tout à la fois de donner aux besoins pratiques une pleine et entière satisfaction et d'imprimer à la théorie de l'objet de la possession un caractère nettement scientifique.

Les jurisconsultes modernes ont assurément raison de déclarer qu'on ne peut posséder les choses hors du commerce. Il est certain qu'à leur égard aucune possession n'est possible. Mais ce n'est pas parce que ces choses sont insusceptibles d'*animus domini*. La possession ne saurait se concevoir, à leur occasion,

(1) Nous disons : *proprement dits* par opposition aux sûretés réelles qui la déprécient sans la démembrer.

parce qu'elles ne peuvent, en principe, être l'assiette d'aucun droit réel au profit des particuliers. La possession étant l'extériorité du droit, ne peut évidemment exister que là où le droit lui-même est susceptible d'avoir une existence. Ce qui n'est pas possible ne saurait se rencontrer en fait. Le principe très logique dégagé du droit romain par Ihering reçoit dans notre droit son application intégrale : « Les limites de la possibilité pour la propriété sont aussi celles de la possibilité pour la possession ; possession et propriété sont parfaitement parallèles (1) ». La possession que les auteurs modernes appellent proprement dite n'est autre chose que la possession du droit de propriété, qu'ils ont continué à confondre, comme leurs devanciers, avec la chose sur laquelle il porte. Ce droit est susceptible d'être possédé, lorsqu'il s'applique à des choses immobilières, parce que son exercice est, par lui-même, générateur de conséquences juridiques qui trouvent leur explication dans la présomption de conformité de la réalité avec l'apparence qui constitue l'effet essentiel et minimum de la possession : la prescription acquisitive et les actions possessoires.

194. — Mais là ne se borne pas la possession du droit de propriété. Elle s'applique également à la propriété des meubles. Le raisonnement à l'aide duquel nous avons démontré, pour l'ancien droit français, l'exactitude de cette affirmation conserve toute sa valeur dans le droit moderne, qui a consacré (art. 2279, C. civ.) la règle : en fait de meubles, possession vaut titre. Si la jouissance du droit de propriété mobilière n'est pas protégée en elle-même par l'action possessoire, si elle ne conduit pas à la prescription (2), elle produit un effet juridique plus énergique

(1) Ihering : *Fond. des int. poss.*, p. 128.

(2) C'est notre avis ; mais on sait que le principe d'acquisition qui explique l'article 2279 est discuté. Est-ce une acquisition *lege* ? Est-ce une présomption de propriété ? Est-ce une prescription instantanée ? On n'est pas d'accord. Mais il nous semble que notre théorie sur ce point donne à la seconde de ces trois opinions une solide assise. Cf. Aubry et Rau, § 183, t. II, p. 145.

encore : elle procure, comme dans l'ancien droit, l'acquisition immédiate de la propriété. Il est toujours vrai de dire avec Bourjon : « Par rapport à tels biens, la possession produit tout l'effet d'un titre de propriété ». Le droit de propriété, qu'il ait pour objet des meubles ou des immeubles, est donc susceptible de possession (1).

195. — Il en est de même du droit d'usufruit portant sur des choses immobilières et des droits d'usage et d'habitation (2). L'usufruitier, l'usager et le titulaire du droit d'habitation, troublés dans l'exercice de leur droit, ont, contre l'auteur du trouble l'action en complainte. En outre, l'usufruit, l'usage et l'habitation peuvent s'acquérir par prescription, à la suite d'une possession prolongée pendant un temps déterminé et réunissant les conditions prescrites par l'article 2228 (3). Enfin, la Cour de cassation a jugé plusieurs fois que lorsqu'un droit d'usage est reconnu en vertu de titres formels, et qu'il ne s'agit plus que de fixer les limites dans lesquelles doit se borner ou s'étendre son exercice, les tribunaux peuvent, à défaut de stipulation expresse, s'en rapporter à la possession, comme un des éléments

(1) Cfr. Aubry et Rau, § 183, t. II, pp. 143 et s. Peut-on, dans le droit actuel, posséder une universalité de meubles ? La réponse à cette question dépend de la solution de cette autre : le droit moderne a-t-il, en cette matière, conservé ou aboli la complainte du droit coutumier ? C'est un point controversé. Nous ne croyons pas devoir nous étendre sur cette controverse. On a épuisé, en faveur de chaque opinion, tous les arguments qui la peuvent faire valoir (Voy. Wodon, nos 456 et 457, t. II, pp. 288 et s., et les renvois). Si l'on rejette la complainte, on doit dire que l'universalité mobilière n'est pas considérée pratiquement comme susceptible d'être possédée, car cette conséquence est la seule que puisse entraîner la simple jouissance d'une universalité de meubles. Quant aux universalités juridiques en général, aucune disposition législative ne permet de penser que la loi moderne les considère comme pouvant faire l'objet de la possession. En théorie, rien ne s'y oppose.

(2) Bélime : *Tr. du dr. de poss.*, nos 302, 305, ch. XII, sect. 2, pp. 328 et s.

(3) Baudry-Lacantinerie : *Précis*, t. I, n° 1519, p. 820.

les plus propres à les éclairer sur la portée des titres et l'intention des parties (1).

196. — Il faut en dire autant des servitudes réelles, continues et apparentes. Leur exercice est, comme celui de la propriété et des servitudes personnelles protégé par les actions possessoires, et elles peuvent s'acquérir par « la possession de trente ans » (art. 690, C. civ.). La même solution s'applique aux servitudes continues et non apparentes et aux servitudes discontinues apparentes ou non apparentes. Si, à la vérité, elles ne peuvent s'acquérir par prescription ; elles sont du moins, sous certaines conditions, protégées par l'action possessoire (2), et l'article 691 du Code civil en décidant que la « possession même immémoriale ne suffit pas pour les établir » admet par là même que le fait d'en avoir l'extériorité en constitue la possession.

197. — La possession s'applique, en outre, à la superficie, qui n'est qu'une forme particulière de propriété (3) ; au droit d'antichrèse, à qui le Code a conservé, selon nous, conformément à la doctrine de Pothier, sa nature réelle ; au droit de rétention portant sur un immeuble, et à l'emphytéose, lesquels, à notre avis, sont également des droits réels (4). Le superficiaire, l'antichrésiste, le rétentionnaire et l'emphytéote jouissent, en effet, du bénéfice des actions possessoires (5). Et ce que ces

(1) Cass., 11 mai 1880, S. 80.1.296 ; Cass., 27 fév. 1882, S. 83.1.310 ; — cf. Laurent, t. VIII, n° 236, p. 290.

(2) Garsonnet : *Tr. théor. et prat. de procéd.*, t. I, p. 565 ; — Cass., 8 mars 1886, S. 86.1.208 ; Cass., 9 août 1886, S. 88.1.252 ; Cass., 13 juin 1888, S. 88.1.408 ; Cass., 13 mars 1889, S. 89.1.257 et la note.

(3) Chénon : *Les démembr. de la propr. fonc.*, p. 162.

(4) Cette nature réelle du droit de rétention est discutée. V. Baudry-Lacantinerie et Deloynes, *Du nant., des priv. et hyp.*, t. I, n° 228, pp. 172 et 173. Quant à l'emphytéose, la jurisprudence est fixée dans le sens de la réalité. V. notamment, Alger, 8 avril 1878, S. 79.2.296. La plupart des auteurs sont du même avis.

(5) Bélime : *Tr. du dr. de poss.*, n°s 307, 308, 313, pp. 332, 333, 334, 339 ; — Dalloz : *Répert.*, V° *Action possessoire*, n°s 534, 540 et 541, t. III, pp. 181 et

actions protègent, ce n'est pas une possession *naturelle*, une *possessio rei*, « procédant d'un titre valable mais qui n'est pas de nature à transférer la propriété (1) » ; la possession naturelle n'existe plus dans nos lois. Ce qu'ils possèdent, c'est le droit de superficie, d'antichrèse, de rétention ou d'emphytéose, qui leur appartient sur l'immeuble dont ils sont détenteurs. Ainsi s'explique très simplement que leur possession donne droit aux actions possessoires sans leur permettre d'acquérir par prescription la propriété. Ils ne peuvent prescrire le droit de propriété pour cette excellente raison qu'ils ne le possèdent pas. Or, l'on ne peut prescrire autre chose que ce que l'on a possédé. Ainsi s'explique de la même manière que la personne dont ils tiennent la chose, à l'un de ces titres, continue à posséder *ad usucapionem*. Ils sont les instruments de sa possession quant à la propriété. Cette personne possède le droit de propriété par leur intermédiaire.

198. — Restent les droits d'usufruit et de rétention portant sur un objet mobilier, le droit de gage et l'hypothèque.

L'usufruitier et le rétentionnaire d'une chose mobilière, ainsi que le gagiste, entraient, dans l'ancien droit, dans la catégorie des possesseurs naturels dont la possession procédait d'un titre valable mais qui n'était pas de nature à transférer la propriété. Ils possèdent aujourd'hui leurs droits d'usufruit ou de rétention, ou leur droit de gage. C'est une conséquence logique de tout ce qui précède. C'est, du reste, une solution à peu près dépourvue d'intérêt pratique.

199. — Quant au droit d'hypothèque, les auteurs sont unanimes à décider qu'il ne peut être possédé. D'une part, disent-ils, « la possession juridique suppose un *corpus* » ; et le *corpus* fait, dans ce droit, complètement défaut (2). D'autre part, son

187 ; — Wodon, n° 142, t. I, pp. 181-182; n° 619, t. III, pp. 128 et s.; — Cf. Molitor, n°s 96 et 97, pp. 176 et s.

(1) Pothier : *Tr. de la poss.*, n° 13, t. IX, p. 271.

(2) Wodon : *op. cit.*, n° 460, t. II, p. 213.

exercice plein et entier doit avoir pour résultat inévitable de l'éteindre ; il ne peut, par conséquent, être continué, ni même repété. Or, un principe domine toute cette matière : « pour qu'on puisse attribuer à l'exercice d'un droit le caractère d'une *juris possessio*, il faut que cet exercice soit continu ou puisse se répéter ; il faut, par conséquent, qu'il n'éteigne pas le droit lui-même (1) ».

Une fois encore nous allons nous trouver en désaccord avec l'unanimité des auteurs. Nous pensons que nos lois actuelles supposent la possibilité de posséder le droit réel d'hypothèque.

En théorie pure d'abord, rien ne s'y oppose. On le possède quand on en a l'extériorité, et cette extériorité est très facile à concevoir. Elle ne consiste pas dans un exercice plein et entier, mais à se conduire de la manière dont se conduit normalement le titulaire d'une hypothèque, *omnia ut dominum gerere*. Avoir l'extériorité du droit d'hypothèque, ce n'est pas seulement intenter des poursuites hypothécaires ; c'est aussi prendre les inscriptions qui vivifient l'hypothèque, les renouveler, prendre des inscriptions particulières pour assurer le paiement des intérêts de la créance garantie. Tous ces actes rentrent dans l'exercice du droit d'hypothèque. La personne qui agit ainsi se conduit en créancier hypothécaire soigneux et diligent ; elle possède l'hypothèque.

200. — Cette solution théorique nous paraît avoir été consacrée expressément par la loi. C'est, en effet, un principe certain, que tout droit dont la propriété se transfère d'une personne à une autre par le moyen de la tradition est susceptible d'être possédé, la tradition n'étant autre chose qu'une remise de la possession. Ce principe reçoit en matière d'hypothèque une application particulière ; elle se trouve dans l'article 9 de la loi du 23 mars 1855. Prévoyant le cas où la femme mariée cède

(1) Molitor : *op. cit.*, n° 14, p. 32 ; — Wodon : *op. cit.*, n° 460, t. II, p. 213. V. *infrà*, n° 213, la réfutation de cette idée.

son hypothèque légale indépendamment de la créance dont elle est l'accessoire, ce texte dispose que « les cessionnaires n'en sont *saisis* à l'égard des tiers que par l'inscription de cette hypothèque prise à leur profit, ou par la mention de la subrogation en marge de l'inscription préexistante ». Le terme *saisir*, employé dans cet article, a, selon nous, le sens qui lui appartenait dans l'ancien droit de «mettre en possession». Nous verrons plus bas que telle est assurément sa signification dans les articles 724 et 1690 du Code civil. Elle est la même dans l'article 9 de la loi de 1855. Sans doute, la prise de l'inscription ou la mention de la subrogation en marge de l'inscription préexistante, est une mesure de publicité ; mais ce caractère n'est pas incompatible avec celui de mise en possession que nous lui attribuons. Grâce à cette publicité, le cessionnaire de l'hypothèque légale de la femme mariée est en possession de cette hypothèque parce que, dorénavant, il sera en mesure de s'en prévaloir, *erga omnes*. Et c'est précisément l'effet ordinaire et voulu de la tradition. Nous croyons donc que la loi a fait dans cet article une application particulière de l'idée de possession du droit d'hypothèque. L'hypothèque, comme tous les autres droits réels, fait partie du domaine de la possession.

SECTION II. — **L'état des personnes.**

201. — Faut-il, sous l'empire du Code civil, limiter le domaine de la possession aux droits réels mobiliers et immobiliers que nous venons d'énumérer ? Aucun autre droit n'est-il susceptible d'être possédé ? — C'est, en général, ce qu'enseignent les auteurs, les plus récents comme les plus anciens. « Les interprètes du droit canon et de la jurisprudence du moyen âge, dit Wodon, vinrent altérer dans nos provinces la pureté des principes du droit romain. Ils allèrent jusqu'à étendre le bénéfice de la possession à toute espèce de droits, voire

même aux droits personnels et aux droits de famille, comme si de semblables droits pouvaient être l'objet d'un trouble matériel (1)!... Le Code civil n'a pas voulu appliquer la quasi-possession à d'autres droits incorporels que ceux réels et immobiliers. L'article 2228 du Code civil admet la possession des *droits*, des choses incorporelles, sans les restreindre expressément aux droits réels; mais il ne s'ensuit pas que le système du Code soit de soumettre à la protection des interdits possessoires tout droit généralement quelconque, à l'instar des anciens interprètes du droit canonique (2)...Il n'y a que des droits réels immobiliers, qui, par la nature même des choses, sont susceptibles de possession : les autres choses incorporelles, *les droits d'état*, les droits simplement *personnels* de jouissance, les créances ne peuvent en faire l'objet *natura ipsa*. La possession de ces derniers droits est impossible, parce que la possession juridique suppose un *corpus* sur lequel l'exercice du droit puisse être continu ou se répéter. Dans les *jura status*, ce *corpus* n'existe pas (3). »

202. — Nous avons cité de préférence ce passage du jurisconsulte belge. Mieux qu'aucun autre il met en relief les motifs pour lesquels les commentateurs du Code civil refusent de considérer comme susceptibles de possession les droits autres que les droits réels immobiliers. Leur argumentation repose tout entière sur l'idée que le pouvoir physique et la protection possessoire sont de l'essence de la possession. Il est logique d'en conclure que là où ce pouvoir et cette protection font défaut la possession ne saurait exister.

Mais, nous savons que cette idée est fausse. Le pouvoir physique n'est que le mode normal et ordinaire de posséder la propriété; il n'est pas le trait caractéristique de la possession. Quant

(1) Wodon : *Tr. de la poss.*, n° 356, t. II, p. 58.
(2) Wodon: *eod. loc.*, n° 357, t. II, p. 59.
(3) Wodon : *eod. loc.*, n° 460, t. II, p. 213.

à la protection de l'interdit, si elle était, à l'origine du droit romain, — où l'on appelait possesseurs ceux qui jouissaient des interdits — de l'essence de la possession, il n'en était plus ainsi dans la notion qui s'est dégagée à l'époque classique. Elle n'est pas essentielle non plus dans la notion du Code civil. On ne saurait donc, pour déterminer quels droits sont, d'après nos lois actuelles, susceptibles d'être possédés, tirer argument du fait que certains droits réels immobiliers seuls sont protégés dans leur exercice par les actions possessoires. Cette protection, d'après le Code civil et le Code de procédure civile, n'est pas accordée à toute possession ; elle appartient seulement à celle qui réunit les caractères énumérés dans l'article 2229 du Code civil (1). C'est commettre une erreur que de considérer comme seuls susceptibles de possession les droits dont l'exercice est protégé en lui-même par une action possessoire.

203. — Nous avons eu le soin d'établir, au cours de notre introduction, ce qui constitue le critérium de l'idée de possession. Un droit est considéré par une législation donnée comme susceptible d'être possédé quand sa simple extériorité, son exercice ou sa jouissance nus, sont générateurs de conséquences juridiques découlant de la présomption de conformité de la réalité avec l'apparence qui constitue l'effet essentiel et minimum de la possession. Si l'on refuse d'admettre la vérité de cette idée, il est impossible de donner des diverses situations juridiques que le Code civil qualifie de possession une explication rationnelle. C'est à la lumière de ce principe que nous avons établi que, dans le droit romain et l'ancien droit français, l'état des personnes était susceptible d'être possédé. C'est à la lumière de ce principe que nous allons l'établir pour la législation actuelle.

204. — La loi moderne n'admet plus, que la jouissance prolongée d'un état déterminé fasse, par la prescription, acquérir cet

(1) Garsonnet : *Tr. théor. et prat. de procéd.*, t. I, § CXXXVI.

état (1) ; mais il est des cas, où elle fait produire à cette jouissance, qu'elle désigne elle-même sous le nom de possession d'état, des effets importants. La possession d'état produit par elle-même des conséquences juridiques, en matière de nationalité, de mariage et de filiation légitime ou naturelle.

205. — La nationalité n'est, pour la grande majorité des Français, constatée par aucun titre. Ils peuvent cependant se trouver dans la nécessité d'établir qu'ils sont Français. Quel moyen la loi met-elle à leur disposition pour leur permettre d'en rapporter la preuve ? — Ceux qui ont acquis cette qualité postérieurement à leur naissance peuvent l'établir assez aisément. Il existe, en pareil cas, un fait dont l'existence est facile à démontrer, tel que la naturalisation, le bienfait de la loi, l'annexion, la réintégration dans la qualité de Français (2). La preuve n'est pas difficile non plus pour les individus à qui la loi impose la nationalité française pour être nés en France de parents étrangers dont un lui-même y est né (3). En prouvant que l'un de leurs auteurs est étranger et né en France depuis la loi du 7 février 1851, qui a introduit dans notre droit ce mode d'acquisition de la qualité de Français, et, par la représentation de leur acte de naissance, qu'ils sont nés eux-mêmes sur le territoire français, ils auront fait la preuve qui leur incombe. Mais pour tous les autres Français d'origine, il n'en est pas ainsi. Pour prouver qu'ils sont Français, ils doivent établir que leur père l'était ; celui-ci n'a pu l'être que si son propre père l'était lui-même ; et ainsi de suite ; il faudrait remonter dans le passé jusqu'à ce qu'on rencontrât un ascendant dont on pût prouver d'une manière certaine et directe la qualité de Français (4).

(1) Baudry-Lacantinerie : *Précis*, t. I, n° 118, p. 58.

(2) Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade : *Des personnes*, t. I, n° 579, pp. 368-369.

(3) Art. 8-3° C. civ. (loi du 26 juin 1889).

(4) La question serait simplifiée si l'un des ancêtres de l'individu qui se prétend Français était né en France avant la promulgation du Code civil

Cette *probatio diabolica* serait le plus souvent impossible ; il n'a pu entrer dans l'intention du législateur de l'exiger. « La doctrine et la jurisprudence admettent qu'il suffit à celui qui se prétend Français d'origine de prouver sa qualité de Français et celle de ses auteurs par la possession d'état (argt. art. 397, 320, 321 C. c.). Il démontrera que lui et ses auteurs ont toujours été en possession de l'état, de la qualité de Français, c'est-à-dire que lui et ses auteurs ont toujours joui de cette qualité ; qu'ils ont été considérés comme Français dans leur famille et dans le public ; qu'ils se sont comportés comme tels en exerçant les droits et en supportant les charges attachées à ce titre (1). » — Voici un effet juridique attaché à la simple jouissance de la qualité de Français ; cette simple jouissance suffira pour établir que celui qui jouit de cette qualité a bien le droit d'en jouir, par la raison qu'elle lui appartient.

206. — De même, en matière de mariage, la possession de l'état d'époux produit par elle seule des conséquences juridiques importantes. Quand, à la représentation de l'acte de célébration du mariage, se trouve jointe la possession d'état, les époux sont, aux termes de l'article 196 du Code civil, « respectivement non recevables à demander la nullité de cet acte ». La possession de l'état d'époux confirme l'acte de mariage et met les deux conjoints dans l'impossibilité d'attaquer le mariage qu'ils ont contracté. C'est encore une conséquence juridique (2).

et qu'on fût en mesure de l'établir, le simple fait de la naissance sur le territoire français étant, à cette époque, attributif de nationalité française.

(1) Baudry-Lacantinerie : *Précis*, t. III, n° 1346, p. 878 ; — Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade : *Des personnes*, n° 582, p. 370, texte et note 1 .— Cass., 30 mai 1834, D. 34. 1. 272.

(2) Nous disons : *d'attaquer le mariage*. Nous tranchons ainsi une controverse sur le sens du mot « acte » employé par l'art. 196. Ce mot a-t-il le sens d'*instrumentum* ou de *negotium juridicum* ? — On discute. — Mais, peu importe à notre point de vue. Ce qu'il faut remarquer, c'est que la possession d'état produit ici une conséquence juridique. — Voy. sur

De même encore, l'article 197 vise une hypothèse particulière où, en l'absence de tout acte de célébration, la possession d'état d'époux sera suffisante à elle seule pour prouver le mariage. « Si néanmoins, y lit-on, dans le cas des articles 194 et 195 — c'est-à-dire quand l'acte de mariage n'est pas représenté — il existe des enfants issus de deux individus qui ont vécu publiquement comme mari et femme, et qui soient tous deux décédés, la légitimité des enfants ne peut être contestée sous le seul prétexte du défaut de représentation de l'acte de célébration, toutes les fois que cette légitimité est prouvée par une possession d'état qui n'est point contredite par l'acte de naissance. »

207. — En matière de filiation légitime, d'autre part, la simple extériorité de l'état entraîne par elle-même une conséquence juridique analogue. La preuve de la filiation légitime se fait normalement « par les actes de naissance inscrits sur les registres de l'état civil » (art. 319, C. civ.). Mais il est possible qu'une personne se trouve dans la nécessité de prouver sa filiation légitime et qu'elle ne puisse représenter son acte de naissance. « A défaut de titre, la possession constante de l'état d'enfant légitime suffit » (art. 320, C. civ.). Dans le cas même où l'acte de naissance est représenté, il n'est pas sans utilité d'y joindre une possession d'état conforme. « Nul ne peut, dit l'article 322 du Code civil, réclamer un état contraire à celui que lui donnent son titre de naissance et la possession conforme à ce titre ; et réciproquement, nul ne peut contester l'état de celui qui a une possession conforme à son titre de naissance. » A lui seul, le titre de naissance ne forme pas une preuve irréfragable de la filiation légitime : la filiation qu'il constate peut être con-

cette controverse Baudry-Lacantinerie : *Précis de dr. civ.*, t. I, nos 475 et 476, pp. 248 et 249. Sur la possession d'état opposée comme fin de non-recevoir à la demande en nullité de mariage pour défaut de publicité, voy. le même auteur, t. I, no 446, p. 232.

testée, soit par l'enfant, soit par certains tiers. Confirmée par la possession d'état, la filiation établie par l'acte de naissance devient inattaquable ; elle s'impose à tous comme la vérité ; la loi défend à toute personne de démontrer par la preuve contraire, la fausseté de la filiation qui résulte de ces deux faits réunis.

208. — En matière de filiation naturelle enfin, la possession d'état joue encore un rôle juridique. Régulièrement, la preuve d'une telle filiation doit être faite au moyen de titres que la loi désigne sous le nom de reconnaissance volontaire et de reconnaissance forcée et qui contiennent, soit des aveux, soit des déclarations de paternité ou de maternité au profit de l'enfant. Il ne suffit pas qu'un enfant naturel rapporte un acte de reconnaissance pour établir sa filiation ; il doit établir, en outre, qu'il est identiquement le même que l'enfant reconnu dans l'acte qu'il représente. La possession d'état créera à son profit une présomption grave de cette identité. Il en sera de même en matière de recherche de la maternité, quand l'enfant naturel, ayant déjà un commencement de preuve par écrit, voudra, conformément à l'article 341, établir par témoins sa filiation maternelle. La possession d'état constituera, en sa faveur, une présomption d'une grande énergie.

209. — L'extériorité de la qualité de Français, d'époux, d'enfant légitime ou naturel, produit donc, sous l'empire du Code civil, des conséquences juridiques.

Une seule idée permet de les expliquer toutes : la présomption de conformité entre la réalité et l'apparence qui forme l'effet primordial, essentiel et minimum de la possession. D'où il suit, conformément à notre critérium, que l'état des personnes dans la législation actuelle est susceptible de possession.

Cette conclusion logique est confirmée par le Code civil lui-même et par les travaux préparatoires.

Le Code civil désigne sous le nom de possession l'ensemble

des faits extérieurs qui constituent la jouissance de l'état des personnes (art. 196, 320, 321, 322 et 323). Dira-t-on, comme on l'a fait pour le droit romain, que la loi n'a pas employé ici le mot possession dans son sens technique? Ce serait une étrange objection. Il faudrait alors trouver dans le Code un article qui permette d'établir avec certitude dans quels cas le mot « possession » est pris dans son sens technique, dans quel cas il n'a pas ce sens. Nous avons montré, dans le chapitre précédent, que le Code civil a vu dans la possession, non point, ainsi qu'on l'enseigne généralement, le fait de détenir sous sa puissance une chose corporelle, mais simplement l'extériorité du droit. La jouissance de l'état, en constituant l'extériorité, en constitue la possession.

210. — Ainsi l'ont entendu les rédacteurs du Code civil. Les travaux préparatoires en font foi. Quelle est l'origine des textes que le Code civil consacre à la possession d'état? Le discours prononcé devant le Corps législatif sur le titre : *de la paternité et de la filiation*, par le tribun Duveyrier, est, à cet égard, très explicite. « Si l'on veut, disait-il, se faire une juste idée de la force de la possession et *de ses effets incontestables*, on peut lire le plaidoyer du célèbre Cochin, qui depuis a servi de texte à toutes les discussions sur cette matière (1). » Et Duveyrier citait à l'appui de son affirmation, le passage le plus saillant de ce plaidoyer : « De toutes preuves qui assurent l'état des hommes, la plus solide et la moins douteuse est la possession publique, etc... (2). » Or, nous savons que, dans une consultation sur le même sujet, Cochin assimilait en termes exprès la possession d'état à la possession des choses corporelles et des droits réels. Elle n'en différait, à ses yeux, que par la nature particulière des droits qui entraient dans son domaine. Si les

(1) Poncelet : *Mot. et disc.*, p. 203 ; — Fenet, t. X, p. 223 ; — Locré, t. VI, p. 301.

(2) Voy. ce passage, *suprà*, n° 157.

rédacteurs du Code civil s'en sont ainsi référés aux principes établis par Cochin, que Duveyrier représentait comme n'ayant « jamais été contestés ni modifiés (1) », c'est qu'ils ont entendu, cela est de toute évidence, adopter ces principes et leur donner une consécration définitive. Un passage d'un autre discours, prononcé par Goupil-Préfeln sur le titre : *de la prescription*, est très formel, en effet, sur l'identité de la possession d'état avec la possession nécessaire pour conduire à l'acquisition de la propriété. « La prescription, déclarait-il au Corps législatif, est la conséquence de la présomption du titre de la propriété... Elle est ainsi le *palladium* de la propriété, comme la possession d'état est le plus beau titre des qualités d'époux, de père et de fils (2) .» La même idée inspirait Duveyrier quand, pour définir la possession d'état, il employait les expressions mêmes qui, dans l'article **2228**, caractérisent la possession en général. « A défaut de titre, disait-il dans son discours précité, à défaut de l'inscription sur le registre public, quel moyen reste-t-il à la preuve de l'état civil ? *La possession, c'est-à-dire la jouissance publique que tout individu peut avoir de la place qu'il tient dans sa famille et dans la société*... A défaut du titre, la possession constante de l'état d'enfant légitime suffit. Ce qui veut dire que, si les registres publics n'ont point existé, s'ils sont perdus, si l'on a omis d'y inscrire l'acte de naissance, *la possession seule prouvera l'état, pourvu qu'elle soit publique et non interrompue* (3). »

211. — Quoi de plus décisif que ces divers passages ? On y invoque l'autorité d'un auteur qui considérait comme identiques la possession d'état et la possession des choses corporelles et des droits réels. On y déclare que les principes formulés par cet

(1) Poncelet, Fenet et Locré : *op. et loc. cit., suprà*, p. 192, note 1.

(2) Poncelet : *Mot. et disc.*, p. 790, 1re col. ; — Fenet, t. XV, p. 603 ; — Locré, t. VI, p. 592.

(3) Poncelet : *Mot. et disc.*, p. 203 ; — Fenet, t. X, pp. 223 et 224 ; — Locré, t. VI, pp. 301 et 302.

auteur ont depuis servi de texte à toutes les discussions sur la matière, qu'ils n'ont jamais été contestés ni modifiés. On y donne de la possession d'état une définition dont l'article 2228, en définissant la *possession en général* (1), ne fait que reproduire les termes. On exige de la possession d'état, pour qu'elle puisse être invoquée comme preuve de la filiation légitime, des caractères semblables à ceux que doit présenter la possession nécessaire pour conduire à la prescription du droit de propriété et de servitude (2). Quelle conclusion logique, rigoureuse, se dégage de ces identités et de ces similitudes, sinon que la possession d'état est une possession véritable, une possession au sens technique du mot, sinon que l'état est susceptible de possession? Tous les auteurs sont d'accord pour dire que l'état constitue un droit (3), « une sorte de propriété, garantie par des actions analogues à celles qui découlent du domaine proprement dit (4) », et quand on leur demande si « ce droit », cette « sorte de propriété » est susceptible d'être possédé à l'égal du « domaine proprement dit », ils répondent invariablement : non (5). Pourquoi cette contradiction? Nous en avons donné

(1) Poncelet : *Mot. et disc.*, p. 781, sous l'art. 2228 ; — Fenet, t. XV, p. 579 ; — Locré, t. XVI, p. 564.

(2) Comp. art. 2229, C. civ., et Baudry-Lacantinerie : *Précis de dr. civ.*, t. I, n° 822, p. 433 ; V. aussi *suprà*, p. 141, note 3.

(3) Baudry-Lacantinerie : *Précis de droit civil*, t. I, n° 117, p. 58.

(4) Aubry et Rau, § 52, t. I, p. 260.

(5) Cependant, M. Baudry-Lacantinerie, qui, dans le *Traité de la prescription*, fait en collaboration avec M. Tissier, n'admet la possession que pour les « droit réels mobiliers et immobiliers qui peuvent s'exercer d'une façon matérielle » (n° 200, p. 120) professe, dans la 6° édition de son *Précis*, la seule opinion exacte. « Comme les droits pécuniaires, déclare-t-il (n° 118, p. 58), l'état est susceptible de possession... La possession d'état n'est pas soumise aux mêmes règles que celle des droits pécuniaires; c'est ainsi qu'elle ne peut conduire à la prescription. Mais elle produit cependant des effets importants ; elle fait naître au profit de celui qui en jouit une présomption qu'il peut invoquer pour prouver son état. » M. Gabriel Bourcart (*Des act. poss. en dr. fr.*, n° 59, p. 141) dit également : « Aujourd'hui encore notre droit français reconnaît, avec raison je crois, une possession s'appliquant à l'état des personnes. »

les raisons. C'est qu'ils ont accepté, sans la soumettre à l'épreuve d'une critique suffisamment judicieuse, sans rechercher assez si elle est d'accord avec tous les textes de notre Code où il est parlé de possession, la théorie de Savigny. C'est qu'au lieu de chercher la théorie possessoire du Code civil là où elle se trouve : dans ce Code lui-même et ses antécédents immédiats, ils sont allés la puiser dans une théorie allemande logique, admirable d'unité, mais qui n'est qu'une construction juridique édifiée tout entière par le génie puissant de son auteur. Ihering a montré l'inexactitude du système possessoire de Savigny. Il commence à entrer dans le domaine de l'histoire. Toutes les théories juridiques élevées avec ce système pour base s'écrouleront avec lui. C'est le sort réservé à la théorie régnante sur l'objet de la possession. L'état des personnes dans le droit civil actuel est, au même titre que les droits réels mobiliers et immobiliers, susceptible d'être possédé. La définition de l'article 2228 embrasse dans sa généralité l'état des personnes.

SECTION III. — **Les créances.**

212. — Tous les jurisconsultes modernes qui ont traité de la possession en droit français, admettant dans ses principes essentiels la théorie de Savigny, donnent à l'égard des créances la même solution que pour l'état des personnes. Tous ceux qui se sont demandé si les créances sont susceptibles de possession ont répondu par la négative. Nous connaissons à l'avance quelques-uns des motifs par lesquels ils justifient cette solution. Comme si de semblables droits étaient susceptibles d'un trouble matériel ! s'écrie Wodon dans le passage que nous citions au début de la section précédente. MM. Aubry et Rau, après avoir dit que, d'après la législation actuelle, la possession ne s'applique, en dehors des choses corporelles, qu'aux « droits réels immobi-

liers de servitude, de jouissance ou d'usage » qui peuvent « donner lieu à une action possessoire », ajoutent : « ainsi, les créances, de quelque nature qu'elles soient, à l'exception cependant de celles qui se trouvent constatées par des titres au porteur, ne sont susceptibles ni de possession, ni de quasi-possession (1) ».

Nous avons réfuté d'avance ces arguments en démontrant que l'action possessoire n'est pas de l'essence de la possession dans le système du Code civil.

213. — Molitor donne de la même décision une raison différente. « Pour qu'on puisse attribuer à l'exercice d'un droit le caractère d'une *juris possessio*, il faut, dit-il, que cet exercice soit continu et puisse se répéter ; il faut, par conséquent, qu'il n'éteigne pas le droit lui-même. De là suit qu'un droit de créance ne saurait être susceptible d'une *juris possessio*. Car *l'exercice plein et entier* du droit de créance consiste dans l'obtention du paiement qui éteint cette créance (2). »

Cet argument, en apparence plus sérieux, a peut-être, en réalité, moins de valeur encore. Pour les rentes d'abord, dont le Code civil a fait des créances mobilières, il est tout à fait inexact. Les rentes consistant essentiellement dans le droit, pour le crédi-rentier, d'exiger du débi-rentier la prestation périodique de sommes d'argent ou de denrées, on ne conçoit aucun droit dont l'exercice soit plus susceptible d'être continu et de se répéter (3).

(1) Aubry et Rau, § 178, t. II, p. 109.

(2) Molitor : *op. cit.*, nº 14, p. 32 ; cf. nº 91, p. 167. M. Garsonnet : *Tr. théor. et prat. de proc.*, § CXXX, t. I, p. 537, note 9, rejette pour le même motif la possession des créances. C'est aussi la pensée de Demolombe : *Tr. des contr et des oblig. convent. en gén.*, t. IV, p. 152 : « Quel est le fait de jouissance par lequel on peut exercer un droit de créance ? C'est le fait par lequel on reçoit le paiement ! Or il est clair que ce n'est pas non plus dans un tel exercice que consiste la possession. Car, si cet exercice avait eu lieu, il n'y aurait plus de créance ; et cette prétendue possession ne pourrait jamais exister, puisque l'acte même qui devrait la faire naître, aurait tout aussitôt pour résultat de l'anéantir. »

(3) Cela est surtout vrai si la rente est perpétuelle. Que dire, par exem-

L'argument est frappé de la même inexactitude pour les créances les plus nombreuses : celles qui sont productives d'intérêt. L'exercice de tels droits, jusqu'au paiement, sera, aussi bien que l'exercice du droit de propriété, susceptible de se répéter (1). Pour les créances non productives d'intérêt elles-mêmes l'argument est bien faible. Le créancier peut faire de son droit un exercice régulier et continu en dehors de tout paiement, ne fût-ce qu'en prenant les mesures conservatoires nécessaires pour garantir ce paiement.

Enfin si l'argumentation de Molitor est exacte, si la possession consiste dans *l'exercice plein et entier* d'un droit, ce ne sont pas seulement les créances qu'on doit placer hors du domaine de la possession. *Aucun droit n'est susceptible d'être possédé, pas même la propriété.* Son exercice *plein et entier* ne peut consister, en effet, que dans l'exercice du *jus abutendi.* On n'exerce *pleinement et entièrement* le droit de propriété qu'en faisant de la chose qui s'y trouve soumise un usage définitif. Cet usage définitif aura pour résultat, soit d'anéantir la chose, soit d'en transférer la propriété à un tiers. Dans l'un et l'autre cas, il est évident qu'un tel exercice ne peut être ni continu ni répété ; il ne peut même être accompli deux fois par la même personne. La seule différence qui sépare l'exercice plein et entier du droit de propriété de l'exercice plein et entier du droit de créance, c'est que, dans le premier cas, il est normal qu'au lieu d'être éteint définitivement le droit de propriété soit simplement transporté à un tiers. Dans le second, au contraire, cet exercice aura plus souvent pour résultat d'anéantir la créance

ple, des rentes sur l'Etat dont le crédi-rentier ne peut jamais exiger le remboursement ?

(1) Les emprunts des villes et des grandes compagnies financières sont, en général, faits à très longs termes. Quel droit a le titulaire de pareilles créances outre celui d'en toucher les intérêts et de les céder ? — Il en est de même des actionnaires des sociétés. Ils touchent des dividendes, si la société réalise des bénéfices, et peuvent vendre leurs actions.

que de changer son propriétaire. Mais, à notre point de vue, cette différence est sans intérêt. Ce qu'il faut seulement mettre en lumière, c'est que la même personne ne peut exercer aucun droit *pleinement et entièrement* plus d'une fois. C'est, en d'autres termes, nous le répétons, que, si l'argumentation de Molitor est exacte, aucun droit n'est susceptible de possession.

Quand un principe conduit à de telles conséquences, il donne par lui-même la mesure de sa justesse. La vérité est qu'il n'existe aucune impossibilité rationnelle ni juridique àla possession des créances. Pour les créances, comme pour le droit de propriété, la possession consiste, non pas nécessairement dans un exercice plein et entier, mais simplement à en user comme le titulaire lui-même, *omnia ut dominum gerere*. Aussi bien que les droits réels, aussi bien que l'état des personnes, le droit de créance se manifeste par des actes positifs, apparents et visibles. Il a une extériorité ; cette extériorité en constitue la possession.

214. — Les auteurs le reconnaissent si bien qu'ils ne nient pas d'une manière absolue la possession des créances. S'ils sont d'accord pour décider qu'en règle générale les créances sont insusceptibles de possession, ils le sont aussi pour apporter à cette règle une restriction concernant les titres au porteur. « Seuls les titres au porteur peuvent être possédés, disent MM. Baudry-Lacantinerie et Tissier, le titre matériel et la créance se confondant, et le possesseur du titre étant par là même possesseur de la créance (1). »

215. — A notre avis, aucune distinction ne doit être faite. La manière dont une créance est constatée ne saurait avoir sur la possibilité ou l'impossibilité de la posséder aucune influence. Une créance n'est pas susceptible ou insusceptible de possession

(1) Baudry-Lacantinerie et Tissier : *De la prescr.*, n° 201, p. 120. — MM. Aubry et Rau, on l'a vu par le passage cité plus haut, n° 212, p. 196, professent la même opinion.

suivant qu'elle est, ou non, constatée par un titre au porteur. Elle l'est ou elle ne l'est pas, à raison de sa nature. Pourquoi peut-on posséder le droit de créance quand il est constaté par un titre au porteur? Pourquoi cette possession est-elle impossible quand le titre qui le constate revêt une autre forme? L'exercice du droit de créance est-il donc susceptible d'être continu ou de se répéter dans le premier cas, insusceptible dans le second? — Si les créances ne peuvent être possédées quand elles ne revêtent pas la forme de titres au porteur, elles ne peuvent l'être en aucune circonstance. En considérant les créances au porteur comme susceptibles de possession, à l'exclusion de celles qui sont à ordre ou nominatives, ou même ne sont constatées par aucun titre, on commet une confusion analogue à celle de la propriété et de son objet, qui a fait admettre la distinction, irrationnelle et rejetée par le Code civil, de la possession et de la quasi-possession; on identifie la créance avec le titre qui la constate. On fait intervenir ici l'idée de *corpus*, de pouvoir physique, d'appréhension matérielle, qui n'est pas de l'essence de la possession. On a une fausse notion de l'objet de la possession; on considère, contrairement à la vérité scientifique, que l'on possède des *choses* et non des *droits*. — Si les créances au porteur sont susceptibles de possession, toutes les créances peuvent être possédées. C'est, en effet, la solution admise par le Code. Il contient, en dehors de la définition très générale de l'article 2228, des dispositions particulières qui le prouvent avec certitude. Le Code civil a consacré la théorie de Pothier: la jouissance que j'ai de quelque droit que ce soit en est une possession.

216. — Pour justifier cette opinion dans l'ancien droit, nous avons tiré un premier argument de l'existence de la saisine héréditaire. Transporté dans la législation actuelle, cet argument y conserve toute sa valeur. La saisine est aujourd'hui ce qu'elle était dans l'ancien droit: une fiction de la loi par suite de la-

quelle l'héritier est, de plein droit, par le seul fait du décès du *de cujus*, investi de la possession (1). Dans l'ancien droit et d'après Pothier, cette investiture légale de la possession s'appliquait à tous les *biens et droits* du défunt. Elle s'appliquait, par conséquent, aux créances aussi bien qu'aux droits réels. L'article 724, qui établit le même principe dans le Code civil, est plus explicite encore quand il dispose que « les héritiers légitimes et les héritiers naturels sont saisis de plein droit *des biens, droits et actions* du défunt (2)... ». Cette possession de plein droit qui constitue la saisine embrasse donc dans son domaine l'ensemble des droits réels et personnels qui composent le patrimoine du *de cujus*. Pour qu'il en soit ainsi, il faut nécessairement que le Code civil admette la possession des créances ; il faut que la « jouissance d'un droit » qui, aux termes de l'article 2228, constitue la possession, soit applicable aux droits de créance aussi bien qu'aux droits réels. La disposition de l'article 724 suppose un principe général d'après lequel tous les droits héréditaire-

(1) M. Moulin : *De l'acquis. lég. de l'héréd.*, n° 104, pp. 178 et 179, le conteste en ces termes : « Dans notre droit, la saisine n'est l'acquisition légale ni de la propriété, *ni de la possession*... L'article 724 ne saurait avoir qu'un sens dans notre droit : *il refuse aux successeurs irréguliers l'exercice immédiat des droits et actions dont ils sont dès l'ouverture de la succession titulaires de plein droit.* » Les héritiers légitimes et les héritiers naturels ont, au contraire, cet exercice immédiat. Cela nous paraît très juste. Mais c'est précisément là une application de la possession. Les héritiers légitimes et les héritiers naturels sont possesseurs parce qu'ils sont immédiatement en mesure d'accomplir tous les actes d'un propriétaire, *omnia ut dominum gerere* ; les héritiers non saisis ne sont pas possesseurs parce qu'ils n'ont pas cette faculté. — Si M. Moulin arrive à une conclusion contraire, c'est parce qu'il a de la possession la notion inexacte de Savigny.

(2) Cette disposition paraît avoir embarrassé les commentateurs ; ils ne cherchent pas, en général, quel est l'objet de cette possession de plein droit qui s'appelle la saisine. Et ceux qui le cherchent, ne soufflent mot des créances. V. Demolombe : *Tr. des succ.*, t. I (1879), n° 140, p. 181 ; — Baudry-Lacantinerie et Wahl : *Des succ.*, t. I, n° 183, p. 94. Et cependant ces derniers auteurs définissent la saisine : « l'investiture légale et de plein droit *de la possession des biens héréditaires* au profit de l'héritier » (t. I, p. 94). Les créances sont des biens.

ment transmissibles sont susceptibles d'être possédés. Ce principe est formulé dans l'article 2228.

216 *bis*. — L'article 724 n'est, du reste, pas la seule disposition du Code dont l'explication juridique et rationnelle nécessite l'existence d'un tel principe. C'est d'abord celle de l'article 1240 ; c'est ensuite celle de l'article 1690, dont les commentaires actuels sont, de même que ceux de l'article 724, ou inexacts, ou insuffisants, parce qu'on a nié à tort que les créances fussent susceptibles de possession.

Le paiement, pour être libératoire, doit être fait au créancier ou à son représentant légal, conventionnel ou judiciaire. C'est la régle établie dans l'article 1239 du Code civil. L'article 1240 apporte à cette règle une dérogation dans les termes suivants : « Le paiement fait de bonne foi *à celui qui est en possession de la créance*, est valable, *encore que le possesseur* en soit par la suite évincé. » Quelle personne le législateur entend-il désigner par ces mots : « celui qui est en possession de la créance », « possesseur de la créance » ?

Pour être un possesseur de la créance au sens de l'article 1240, — on est d'accord sur ce point, — il ne suffit pas d'être détenteur du titre qui la constate. Le détenteur du titre, sauf exception pour les titres au porteur (1), n'est pas un possesseur de la créance. Est possesseur de la créance celui qui est dans une condition juridique telle qu'il passe pour le vrai créancier. A cette qualité l'héritier apparent, c'est-à-dire la personne qui s'est emparée d'une succession en qualité d'héritier du *de cujus*, qui a été considérée comme le véritable héritier. Il en est de même du légataire apparent, c'est-à-dire de la personne qui s'est emparée de la succession en vertu d'un

(1) Sauf exception pour les titres au porteur. Cette idée n'est pas en contradiction avec ce que nous avons dit plus haut de ces titres. Le détenteur du titre possède la créance qu'il constate, parce que cette détention lui donne la possibilité d'en jouir, de l'exercer, de se conduire en tout comme un créancier.

testament qui, pour une raison quelconque, est sans valeur. La même qualité appartient, dans le système qui déclare nuls les actes accomplis par l'héritier ou le légataire apparent, au cessionnaire d'une créance vendue par cet héritier ou ce légataire apparent (1). En résumé, « être en possession de la créance, ce n'est pas détenir l'acte, l'écrit qui fait preuve de cette créance, c'est jouir paisiblement de la qualité du créancier (2) » ; « par possesseur de la créance il faut entendre celui qui passe aux yeux de tous pour en être propriétaire, celui qu'on a juste sujet de croire tel, en un mot le titulaire apparent, le créancier putatif (3) ».

L'article 1240 contient-il un véritable cas de possession des créances? Le mot « possesseur de la créance » est-il pris ici dans le sens juridique? Tous les auteurs le nient. Et la raison qu'ils en donnent c'est que « les expressions *possesseur de la créance* sont employées dans cet article comme synonymes des termes *titulaire apparent de la créance* (4) ». « On se sert parfois pour les créances, disent MM. Baudry-Lacantinerie et Tissier (5), de ces expressions *possesseur de la créance* (art. 1240) ;

(1) On sait la controverse qui règne entre la doctrine et la jurisprudence sur la validité ou la nullité des actes accomplis par l'héritier apparent.

(2) Marcadé : *Explicat. théor. et prat. du C. civ.*, t. VII, n° 686, p. 556. *Adde* : Toullier : *Le dr. civ. fr. selon l'ordre du Code*, t. IV, n° 26, p. 17 (6e édit.).

(3) Baudry-Lacantinerie : *Précis*, t. II, n° 259-3°, p. 733. C'est en substance ce que disent les travaux préparatoires. V. l'exposé des motifs du titre III, liv. III du Code civil par Bigot-Préameneu, dans Poncelet : *Motifs et discours*, p. 443, 2e col. ; — Fenet, t. XIII, p. 265 ; — Locré, t. XII, p. 366 et le rapport du tribun Jaubert sur le même titre ; — Poncelet : *eod. loc.*, pp. 472 *in fine* et 473 ; — Fenet, t. XIII, pp. 343-344 ; — Locré, t. XII, pp. 463-464.

(4) Aubry et Rau, § 178, t. II, p. 109, note 4.

(5) Baudry-Lacantinerie et Tissier : *De la prescr.*, n° 201, p. 121. Toutefois, dans le *Précis*, t. II, n° 178, M. Baudry-Lacantinerie semble admettre une idée contraire : « On le voit, dit-il, la possession dont parle l'article 1240 est la possession du droit lui-même dans lequel consiste la créance, et non celle du titre qui la constate, de l'*instrumentum*. »

il s'agit alors du *titulaire apparent* de la créance et non du possesseur dans le sens juridique du mot. »

217. — Nous croyons, au contraire, que ces expressions ont bien dans l'article 1240 une valeur juridique. L'explication même que donnent de cet article les auteurs précités le montre d'une manière éclatante. « Est possesseur de la créance, disent-ils, celui qui jouit paisiblement de la qualité de créancier; celui qui se trouve dans une condition juridique telle qu'il passe pour le vrai créancier ; le possesseur de la créance, c'est le titulaire apparent de la créance. » Mais le possesseur d'un droit réel est-il donc autre chose? Le possesseur du droit de propriété ne jouit-il pas paisiblement de la qualité de propriétaire? n'est-il pas dans une condition juridique telle qu'il passe pour le vrai propriétaire? N'est-il pas le titulaire apparent de la propriété? Le possesseur d'une servitude n'est-il pas le titulaire apparent de la servitude? Pourquoi le titulaire apparent de la créance n'aurait-il pas la même qualité? Il a l'extériorité du droit de créance; il est un possesseur. Il est difficile de trouver dans le Code un exemple qui réponde mieux que celui de l'article 1240 à la définition de l'article 2228.

En outre, la raison pour laquelle la simple extériorité d'un droit est génératrice de conséquences juridiques ne se rencontre-t-elle pas ici? Quel est, dans notre droit, le fondement de la protection possessoire et le fondement de la prescription? C'est qu'on présume — nous l'avons vu — l'apparence conforme à la réalité; c'est qu'on pense que le possesseur d'un droit en est le titulaire. Pourquoi la loi déclare-t-elle libéré le débiteur qui a payé aux mains du titulaire apparent de la créance? Parce qu'elle considère qu'aux yeux du débiteur ce titulaire apparent doit être le titulaire réel. Ainsi, le cas de l'article 1240 correspond à merveille à la notion scientifique de la possession que nous avons montrée être celle du Code. L'article 1240 emploie bien le mot possession dans son sens

juridique (1). Comme l'article 724, il suppose un principe général d'après lequel les créances sont susceptibles d'être possédées.

218. — Il en est de même de l'article 1690. Ce texte dispose que « le cessionnaire (d'une créance) n'est *saisi* à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur. Néanmoins le cessionnaire peut être également *saisi* par l'acceptation du transport faite par le débiteur dans un acte authentique ». Cet article a sa source dans l'article 108 de la Coutume de Paris dont nous avons, dans notre deuxième partie, reproduit et expliqué la disposition (2).

Dans l'ancien droit, d'après Brodeau, Ferrière, Argou, Eusèbe de Laurière, Bourjon et Pothier, la signification jouait pour les créances le rôle de la tradition pour les objets mobiliers corporels : elle constituait la mise en possession nécessaire pour que le cessionnaire devînt propriétaire de la créance à l'égard des tiers, pour qu'il fût à même d'exercer son droit et de l'opposer *erga omnes*. Le Code civil a-t-il entendu sur ce point modifier l'ancien droit ?

Les auteurs, en général, — les plus récents surtout — paraissent s'être fort peu préoccupés des précédents historiques de l'article 1690. Ils indiquent bien tous qu'il a son origine dans l'article 108 de la Coutume de Paris; mais très peu d'entre eux ont pris le soin de se reporter aux explications que les commentateurs de la Coutume ont données de cet article. Nous avons vu Brodeau dire expressément que le mot *saisir* dans l'article 108 a son sens ordinaire de *mettre en possession un tiers*.

(1) Cette induction se confirme si l'on compare les termes employés par l'article 1240 avec les expressions auxquelles a recours Pothier dans le passage dont cet article est extrait. V. Pothier : *Tr. des oblig.*, n° 503, t. II, p. 275. Dans l'article 1240 les rédacteurs du Code ont donné une forme précise à une théorie qui semble dans Pothier hésitante et incertaine. Nous renvoyons à ce passage de Pothier, sans le rapporter ici, à cause de son étendue.

(2) V. *suprà*, nos 173 et s.

Nous avons vu Argou, Eusèbe de Laurière, Bourjon et Pothier tenir un langage plus explicite encore. Il est certain que, d'après l'ancien droit, le transport de la créance n'était opposable aux tiers que par la remise au cessionnaire de la possession de la créance cédée.

219. — Les commentateurs actuels du Code civil expliquent autrement la nécessité de la signification ou de l'acceptation du débiteur dans un acte athentique. « Les formalités prescrites par l'article 1690 ont pour but,à leurs yeux,de donner à la cession une certaine publicité, et c'est pour ce motif que la loi fait de leur accomplissement une condition de l'investiture du cessionnaire à l'égard des tiers. Les tiers sont réputés ignorer la cession tant qu'elle n'a pas été rendue publique par la signification du transport ou par l'acceptation authentique du cédé ; voilà pourquoi elle ne leur devient opposable qu'à dater de l'accomplissement de l'une ou l'autre de ces formalités (1). » Ainsi s'exprime M. Baudry-Lacantinerie, d'accord en cela avec tous les auteurs récents.

220. — Cette explication est, à notre avis, tout à fait inexacte. Elle n'était pas celle des premiers commentateurs du Code civil.Elle paraît s'être introduite dans la doctrine sous l'influence de la loi du 23 mars 1855, qui a rétabli dans le droit moderne le principe de la publicité des translations et des constitutions de droits réels immobiliers, inauguré par la loi du 11 brumaire an VII. Mais ce n'est pas par analogie avec la loi de 1855 que doit être interprété l'article 1690 ; la loi de

(1) Baudry-Lacantinerie : *Précis*, t. II, n° 866, p. 538. Cf. Laurent : *Princ. de dr. civ. fr.*, t.XXIV (1877),n° 475, p. 467 ; — Mourlon : *Répét.écrit.sur le C.civ.* (10e édit., 1878), t.III, n° 678, p. 297 ; — Labori : *Répert. encyc. du dr.fr.*, t. II, p. 591, v° *Cession-transport*, n° 19 ; — Huc : *Tr. théor. et prat. de la cession et de la transm.des créances*, t.I, n° 304, p. 430. *Adde*, Guillouard : *Traité de la vente et de l'échange*, 2 vol. in-8, Paris, Pedone-Lauriel, 1889-1890, n° 770, t. II, p. 307.

1855 ne se rapporte en aucune façon à la matière régie par cet article ; c'est avec le Code civil lui-même. Et si le Code civil avait vu dans la signification ou dans l'acceptation authentique une mesure de publicité, il eût réalisé une innovation sur l'ancien droit, à qui l'idée de publicité était tout à fait étrangère. Cette innovation importante eût certainement été signalée dans les travaux préparatoires. Or, ni l'exposé des motifs de Portalis sur le titre de la vente, ni le rapport fait au tribunat par le tribun Faure, ni le discours prononcé devant le Corps législatif par le tribun Crenier, ni les discussions qui eurent lieu au sein du Conseil d'Etat sur le même titre, ne contiennent la moindre allusion à l'article 1690 (1). Ce silence n'a qu'une seule explication plausible : c'est que les rédacteurs du Code, en transportant dans nos lois modernes la disposition de l'article 108 de la Coutume de Paris, ont entendu consacrer l'interprétation qu'en avaient donnée ses commentateurs. Ils ont employé les termes mêmes de l'article 108 de la Coutume : le cessionnaire n'est *saisi*... Ce n'est assurément pas pour exprimer une pensée différente. Alors qu'il est certain que, dans l'article 724, le mot « saisir » est synonyme de mettre en possession, comment saurait-il être douteux qu'il ait, dans l'article 1690, la même signification ? Et qu'on ne dise pas que les principes de l'ancien droit en matière de vente, étant changés par les articles 1138 et 1583 du Code civil, qui déclarent la propriété transférée entre les parties par le seul consentement, cette modification entraîne à elle seule l'idée de publicité dans l'article 1690. La cession de créance, dans l'ancien droit, aussi bien que dans le droit moderne, était parfaite entre les parties par le seul accord des volontés. Bourjon le dit expressément. « Jusqu'à la signification du transport, la propriété de la dette cédée est toujours présumée résider dans

(1) Poncelet : *Mot. et disc.*, pp. 589 à 626 ; — *Discussions sur le C. civ.*, pp. 583 à 626 ; — Fenet, t. XIV, pp. 3 à 206 ; — Locré, t. XIV, pp. 3 à 275.

la personne du cédant ; présomption dont on va expliquer l'effet. Cette présomption de propriété dans la personne du cédant, nonobstant le transport, lorsqu'il n'a pas été signifié, *n'a lieu que relativement au débiteur de la dette cédée et relativement aux créanciers du cédant, et non par rapport au cédant même, qui est suffisamment dépouillé par le transport.* Tel est l'esprit de la Coutume (1). » Les principes du Code civil et de l'ancien droit en matière de cession de créance, sont donc identiques (2). Quoi de plus rationnel que de leur donner la même interprétation ?

En outre, comment comprendre que le Code civil, sous l'empire duquel les mutations de propriété immobilière étaient parfaites, même à l'égard des tiers, par le seul consentement des parties, ait jugé nécessaire pour le transfert des créances une publicité qu'il n'exigeait pas pour la transmission de la propriété des immeubles ? On sait quelles tempêtes souleva le principe de la publicité en matière de translation de propriété immobilière, tant lors de la discussion de l'article 1140, que de celles de l'article 1483 et du titre des privilèges et hypothèques. Après de vifs débats, le texte qui devait le consacrer disparut. Est-il possible qu'après avoir discuté si longuement sur la publicité des mutations immobilières, les rédacteurs du Code aient admis la publicité du transfert des créances sans en dire un seul mot ?

Enfin, le propre d'une mesure de publicité, c'est de mettre réellement les tiers à même de se renseigner. Or, il se trouve que cette prétendue publicité est inhabile à atteindre ce but. Les auteurs sont obligés de le confesser. Il faut, en effet, une extrême bonne volonté pour voir dans la signification faite au

(1) Bourjon : *Droit commun de la France*, t. I, p. 406, n° XI.

(2) Ajoutez que les effets de la signification étaient exactement dans l'ancien droit ce qu'ils sont aujourd'hui. — Voy. Bourjon : *op. cit.*, t. I, p. 407.

débiteur cédé, ou dans son acceptation du transport par acte authentique, une mesure de publicité. « Reste à savoir, dit M. Baudry-Lacantinerie, comment la loi a pu considérer la signification du transport au cédé ou son acceptation authentique comme donnant de la publicité à la cession. L'une ou l'autre de ces formalités remplies, on voit bien que le cédé est nécessairement informé de la cession ; mais il n'est pas le seul tiers intéressé à en connaître l'existence, et on se demande comment les autres peuvent être aussi réputés ne pas l'ignorer. La loi suppose qu'ils iront se renseigner près du cédé (1). Dans l'impossibilité où l'on se trouvait de notifier la cession à tous ceux qui ont intérêt à la connaître, on s'est dit : le cédé devra être informé officiellement de la cession ; les autres intéressés se renseigneront près de lui ; il n'a pas d'intérêt à les tromper, et dès lors on doit croire qu'il leur dira la vérité. Quoi qu'il en soit, c'est là un mode de publicité fort imparfait (2. »

La raison de cette imperfection est simple. C'est que la signification ni l'acceptation par acte authentique ne sont l'une ni l'autre, d'après le Code civil, des moyens de rendre la cession publique. Le législateur lui-même a donné accidentellement de l'article 1690 l'interprétation que nous prétendons être la seule exacte, en ordonnant, dans un cas particulier, pour qu'une cession de créance soit opposable à certains tiers, qu'elle ait été rendue publique. Ce cas particulier est visé par l'article 2-5° de la loi du 23 mars 1855, qui prescrit la transcription de « tout acte ou jugement constatant.... cession d'une somme équivalente à trois années de loyers ou fermages non échus ». Voilà une mesure de publicité. Voilà un moyen pratique de faire connaître aux tiers la cession de semblables créances. Le

(1) *Sic*, Mourlon : *Répét. écr. sur le C. civ.*, t. III, n° 680 p. 298.

(2) Baudry-Lacantinerie : *Précis de dr. civ.*, t. II, n° 866, p. 538. Nous avons cité cet auteur de préférence à tous les autres, parce que c'est lui qui nous paraît avoir le mieux exposé cette idée de publicité.

législateur sait, quand il le désire, prendre une décision efficace pour assurer la publicité d'un acte juridique. Conçoit-on qu'il ait, dans l'article 1690, si mal atteint son but? S'il ne l'a pas atteint, c'est qu'il ne le visait pas. C'est qu'il voyait dans la signification de la cession ou dans son acceptation authentique par le débiteur une mise en possession, remplaçant pour les créances la tradition exigée par l'article 1141 en matière de translation de propriété de « choses purement mobilières ». Ou plutôt la disposition de l'article 1690 n'est qu'une application particulière de l'article 1141 (1). Les créances font partie de ces choses purement mobilières dont la propriété ne peut être déplacée à l'égard des tiers que par la tradition.

221. — Tel est, à nos yeux, le seul véritable sens de l'article 1690. C'est celui que lui ont assigné les commentateurs du Code civil qui ont eu le soin de donner pour base à leur interprétation l'étude de l'ancien droit (2). Elle les a conduits et devait

(1) Troplong : *De la vente*, n°s 882 et 883, t. II, pp. 375 et 376. — La même interprétation doit être donnée de l'article 1er du décret du 13 thermidor an XIII : « à l'avenir, la déclaration de transfert des cinq pour cent consolidés sur le registre établi à cet effet, par le directeur du grand-livre, conformément à la loi du 28 floréal an VII, *saisira* l'acquéreur de la propriété et jouissance de l'inscription transférée, et ce, par la seule signature du vendeur. Toute opposition à cette déclaration sera considérée comme non avenue ». Cf. art. 1220, C. civ.

(2) Toullier ; *Le dr. civ. fr. selon l'ordre du Code*, t. IV, n° 26, p. 17 ; — Marcadé : *Explic. théor. et prat. du C. civ.*, t. VI, p. 330 ; — Troplong : *De la vente*, n°s 882 et 883, t. II, pp. 375 et 376 ; — Dalloz : *Répert.*, t. XLIII, p. 408, v° *Vente*, n° 1727 ; — Demante et Colmet de Santerre : *Cours analyt. de C. civ.*, t. VII, n° 136, p. 181. — Pour démontrer que les créances sont susceptibles d'être possédées, nous avons invoqué, sur l'ancien droit, un dernier argument : l'acquisition et même la création des rentes constituées par la perception des arrérages pendant un temps donné. Le même argument dans le droit actuel n'aurait pas autant de force, car c'est aujourd'hui un point controversé que de savoir si l'usucapion des rentes constituées est possible. L'affirmative a paru ne faire aucun doute à Delvincourt, Toullier, Vazeille, Dalloz et Troplong. — Duranton, Duvergier, Paul Pont, Laurent et M. Guillouard ont été d'avis opposé. — Les premiers disent que la disposition générale de l'article 2262 du Code civil « autorise la prescription par trente ans de toute chose que

les conduire nécessairement aux mêmes conclusions que nous. L'article 1690, comme l'article 724, comme l'article 1240, ne peut être expliqué d'une manière satisfaisante, historique, rationnelle et juridique, que si le mot « droit » de l'article 2228 embrasse les créances dans sa généralité. Les créances, d'après le droit actuel, font partie du domaine de la possession.

la loi ne déclare pas imprescriptible ou soumise à une prescription différente » (Dalloz, *Rép*, v° *Rentes constituées*, n° 81, t. XXXIX, p. 83). « La prescription est de droit commun, dit Delvincourt ; elle s'applique à toute espèce de biens, excepté à ceux que la loi a déclarés expressément imprescriptibles ; or, il n'y a aucune disposition de ce genre pour les rentes. » — Les seconds répondent : « l'article 2262, que l'on invoque, ne s'applique pas à la prescription acquisitive, mais seulement à la prescription libératoire ; il déclare qu'au bout de trente ans toutes les actions, tant réelles que personnelles, sont éteintes ; mais il ne crée pas une usucapion s'accomplissant par trente ans au profit de celui qui a *possédé* un droit quelconque » (Guillouard : *Traités du prêt, du dépôt et du séquestre*, 1 vol. in-8, Paris, Pedone-Lauriel, 1892, n° 184, p. 233). Paul Pont se fonde sur cette autre considération : « Le crédi-rentier, dit-il, n'a pas de possession matérielle ; *il n'a qu'une quasi-possession* ; or, dans l'état actuel de notre législation, le seul droit qui puisse s'acquérir par la quasi-possession est le le droit de servitude ». — Si la vérité se trouve dans l'opinion affirmative, elle confirme notre théorie, car il n'y a pas de prescription sans possession ; si elle est, au contraire, dans la négative, elle ne l'infirme en rien, car la prescription n'est pas de l'essence de la possession. Paul Pont lui-même le reconnaît dans le passage précité où il assimile expressément la *quasi-possession* des créances à celle des servitudes. Peu importe donc pour notre théorie, la solution à donner à cette controverse. — Voy. Delvincourt : *Cours de Code civil*, 3 vol. in-8, Paris, Fournier, 1819, t. III, p. 194, note 2 ; — Toullier et Duvergier : *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, t. V, n° 102, p. 110, note *a* ; — Dalloz : *Répert.*, v° *Rentes constituées*, n°s 80 et 81, t. XXXIX, pp. 83 et 84 ; — Dalloz : *Suppl. au Répert.*, v° *Rentes constituées*, n° 24, t. XV, pp. 237-238 ; — Troplong : *Du prêt*, 1 vol. in-8, Paris, Hingray, 1845, n° 451, p. 412 ; — Paul Pont : *Commentaire-Traité des petits contrats* (t. VIII de Marcadé et Pont), n° 334, pp. 153-154 ; — Laurent, t. XXVII, n° 9, pp. 13 et 14.

CONCLUSION GÉNÉRALE.

222. — Tous les développements qu'on vient de lire se groupent autour de ces deux principes, que nous avons représentés comme la synthèse rationnelle de la théorie de l'objet de la possession : **1°** La possession n'a pas pour objet des choses, mais des droits ; — **2°** Tous les droits sans exception sont susceptibles d'être possédés. — Notre étude a eu pour but de rechercher si telle a été la conception possessoire des trois systèmes législatifs qu'elle embrasse dans son étendue. La conclusion qui se dégage de nos recherches diffère profondément de celle des auteurs qui ont, avant nous, traité cette matière. Ils s'en tiennent, en général, au vieux principe du droit romain : *possideri possunt quæ sunt corporalia, quia nec possideri intelligitur jus incorporale.* Ils continuent à considérer la possession des droits comme une simple *quasi-possessio* et ils prétendent que telle est la doctrine du Code civil.

223. — Nos idées sont exactement le contrepied des leurs. Si cette division de la possession en deux espèces se rencontre dans le droit romain ; si plusieurs auteurs de l'ancien droit l'ont conservée, elle ne se retrouve assurément pas dans le droit actuel ; nos lois modernes l'ont abolie. Bien qu'ils aient continué à confondre la propriété avec son objet, les rédacteurs du Code civil ont compris qu'il n'existe pas deux sortes de possession, dont l'une, s'appliquant aux choses, soit véritable et proprement dite, pendant que l'autre, embrassant des droits dans son domaine, ne soit qu'une simple quasi-possession. La possession est une : elle consiste dans l'extériorité du droit ; elle n'a que des droits pour objet ; elle s'adapte à toutes les situations juridiques dont l'existence se manifeste au dehors par des actes

extérieurs et visibles : droits réels, droits de cité et de famille, créances ou obligations. Là est assurément la vérité abstraite et scientifique. Là seulement est aussi, pour la législation moderne, la vérité concrète. Les divers articles du Code civil dont nous avons analysé les dispositions supposent tous un principe général, d'après lequel tous les droits qui peuvent appartenir en propre à une personne sont susceptibles d'être possédés. On ne saurait, sans l'admettre, donner des solutions qu'ils contiennent une explication rationnelle et satisfaisante. Les précédents historiques, les travaux préparatoires, les textes de la loi moderne, les principes abstraits du droit, la raison et la logique, tout nous semble concourir à démontrer l'exactitude de la théorie de l'objet de la possession telle que nous l'avons exposée.

224. — Originairement, à Rome, il est certain que la possession avait pour objet des choses matérielles. L'idée abstraite du droit ne s'était pas encore dégagée ; le droit était confondu avec la chose qui s'y trouvait soumise. Mais quand les règles du droit eurent été érigées en système scientifique, cette confusion finit par disparaître pour les droits réels autres que la propriété. Elle subsista pour cette dernière, qui a, de tout temps, eu le caractère de chose corporelle. Voilà pourquoi la *possessio* fut considérée comme s'appliquant aux choses. Malgré cette fausse notion, les jurisconsultes romains arrivèrent à comprendre qu'en réalité la possession s'applique à des droits. Pour deux textes disant que la possession d'un droit ne peut se concevoir, on en rencontre une multitude qui emploient l'expression : *jus possidere*. C'est dans ces derniers que se trouve la vérité : la vérité théorique et la vérité de l'époque classique. C'est à ces derniers qu'il faut se tenir. Au moment où l'on parvint à la notion scientifique de la possession, on parvint aussi à la conception juste et rationnelle de son domaine, qui en est le corollaire. La possession ayant pour objet des droits, non des choses, il était logique qu'elle embrassât dans son étendue tous les droits qui

appartenaient aux particuliers, faisaient partie de leur patrimoine ou constituaient leur état civil. Cette solution rationnelle fut celle du droit romain classique pour les *jura in re* en général et pour l'état des personnes. Seules les créances, à raison de leur intransmissibilité, restèrent insusceptibles d'être possédées. Le jour où l'on admit que les droits d'obligation passaient directement du cédant au cessionnaire, il eût été logique d'en déduire cette conséquence que leur propriété se transférait au moyen de la *quasi-traditio*, que, par suite, on pouvait les posséder. Il appartenait aux jurisconsultes coutumiers de la dégager et de donner ainsi toute son ampleur à la théorie de l'objet de la possession. De l'époque de la rédaction des coutumes à la fin de l'ancien droit, tous pensèrent, comme Pothier, que la jouissance de quelque droit que ce fût en constituait une possession. Si l'on fait abstraction des confusions que nous avons signalées, on peut affirmer d'une manière générale que l'ancien droit français, dans son dernier état, parvint à la conception rationnelle de la possession et de son domaine.

225. — Pourquoi donc, sous l'empire du Code civil, a-t-on eu de la possession cette notion étroite du *corpus* et de l'*animus domini* ? D'où vient qu'on a restreint le domaine possessoire aux choses corporelles immobilières et aux servitudes qui peuvent grever ces choses, laissant en dehors la propriété elle-même, alors surtout que les jurisconsultes sont d'accord pour reconnaître que le Code n'a point entendu innover mais consacrer ce qui existait ?

La cause de cette erreur réside tout entière dans l'influence de la doctrine de Savigny. Cette doctrine s'imposa aux esprits ; elle séduisit les jurisconsultes par la puissance de sa logique, par sa clarté, par la symétrie de son ensemble, par son unité harmonieuse. L'on y vit la restitution définitive des idées romaines ; l'on posa en principe que les rédacteurs du Code ont eu l'intention de rétablir le droit romain, et l'on accommoda les textes de nos lois civiles à la doctrine allemande. Ces textes,

d'ailleurs, il faut le reconnaître, paraissent s'y prêter, si l'on se contente d'en faire un examen superficiel. Savigny donne pour base à son système l'idée que les seuls effets de la possession sont l'usucapion et les interdits. Et il se trouve que le Code civil a défini la possession à propos de la prescription et que les conditions auxquelles il soumet la possession nécessaire pour conduire à la prescription sont également exigées par le Code de procédure civile de celle qui sert de fondement aux actions possessoires. On fut frappé de cette identité et l'on ne prit pas garde qu'il existe dans le Code civil de nombreux textes où il est question d'une possession à laquelle la notion du *corpus* et de l'*animus domini* est inapplicable. On ne saurait contester cependant que la seule théorie exacte de la possession est celle qui peut s'adapter à toutes les hypothèses auxquelles la loi a imprimé un caractère possessoire. Celle que nous avons admise a cet avantage. Elle permet de dire que partout où le Code a employé le mot possession, il a donné à ce mot son sens technique, conforme à la définition de l'article 2228. Elle supprime ainsi l'arbitraire inévitable auquel on est conduit quand, en présence d'une disposition légale où se rencontre le terme de « possession », il faut décider si cette disposition a bien voulu parler de la possession juridique. Cet avantage serait, à lui seul, un puissant argument en notre faveur. Sa puissance est accrue et complétée par ce fait que, seule, notre opinion est conforme, en outre, aux précédents historiques et aux travaux préparatoires. Quand une théorie juridique se trouve avoir pour assise les textes clairs et précis de la loi existante, la législation ancienne d'où ces textes ont été extraits, les travaux préparatoires, la raison et la logique, elle porte en soi tous les éléments désirables d'exactitude et de vérité.

226. — Aussi pensons-nous que cette théorie est celle de l'avenir. Elle existe déjà pour ainsi dire latente dans les esprits. Plusieurs passages d'auteurs récents auxquels nous avons renvoyé en sont le témoignage. Dans quelques années, alors que

la théorie de Savigny aura pour toujours rejoint dans l'histoire celle des Glossateurs qu'elle avait détruite ; quand, à l'autorité d'une doctrine erronée, on aura substitué celle de la raison et de la loi, les chapitres que les jurisconsultes consacreront à l'objet de la possession ne seront que le développement de ces deux idées : 1° la possession s'applique toujours à des droits ; 2° tous les droits sans exception sont susceptibles d'être possédés. Et l'on s'étonnera qu'il ait fallu si longtemps pour parvenir à la découverte de principes aussi simples.

227. — Le jour où cette vérité sera reconnue et acquise à la science, il deviendra facile de procéder à la réfection qui s'impose de la théorie possessoire tout entière. On pourra se convaincre que les jurisconsultes se sont mépris en faisant du pouvoir physique l'essence de la possession. On verra que la possession juridique se trouve là où l'on ne s'est point avisé de la chercher jusqu'ici : dans l'institution qu'on a longtemps considérée comme une simple *quasi-possessio*. Il sera possible enfin de déterminer avec certitude ses éléments constitutifs et de mettre un terme aux discussions surannées qu'ont fait naître les conceptions successives du *corpus* et de l'*animus*. Voilà l'utilité véritable de notre travail. La conclusion générale à lui donner dépasse ainsi, et de beaucoup, les limites où il s'enferme. La théorie de l'objet de la possession, négligée comme accessoire et secondaire, forme en réalité la base de tout l'édifice possessoire. Est-il possible, en effet, de concevoir avec exactitude l'idée de la possession, si l'on ignore à quoi la possession s'applique ?

BIBLIOGRAPHIE

Accarias. — *Précis de droit romain*, 2 vol. in-8, 4e édit., Paris, Pichon, 1886-1891.

Alauzet. — *Histoire de la possession et des actions possessoires en droit français*, 1 vol. in-8, Paris, Imprimerie nationale, 1849.

Appleton (Jean). — *Essai sur le fondement de la protection possessoire* (thèse, Lyon, 1892), Paris, Larose et Forcel, 1892.

Argentré (d'). — *Commentarii in consuetudines ducatus Britanniæ*, 1 vol. in-fo, 1621.

Argou. — *Institution au droit françois*, 2 vol. in-8, Paris, Emery, Saugrain et Pierre Martin, 1730.

Aubry et Rau. — *Cours de droit civil français*, 5e édition, en cours de publication, 2 vol. parus, Paris, Marchal et Billard, in-8, t. I et II, 1897.

Augeard. — *Arrests notables des différents tribunaux du Royaume*, 2 vol. in-fo, Paris, Huart, 1756.

Auzanet. — *Œuvres*, 1 vol. in-fo, Paris, Gosselin, 1708.

Bacquet. — *Les œuvres de Me Jean Bacquet*, 2 vol. in-fo, Lyon, Duplain, 1744.

Baudry-Lacantinerie. — *Précis de droit civil*, 3 vol. in-8, 6e édit., Paris, Larose, 1896-1898.

Baudry-Lacantinerie et Chauveau. — *Des biens*, 1 vol. in-8, Paris, Larose, 1896.

Baudry-Lacantinerie et Deloynes. — *Du nantissement, des privilèges et hypothèques*, 3 vol. in-8, Paris, Larose, 1895-1896, t. I.

Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade. — *Des personnes*, 1 vol. in-8 (seul paru), Paris, Larose, 1896.

Baudry-Lacantinerie et Tissier. — *De la prescription*, 1 vol. in-8, Paris, Larose, 1895.

Baudry-Lacantinerie et Wahl. — *Des successions*, 3 vol. in-8, Paris, Larose, 1895, t. I.

Beaumanoir. — *Coutumes de Beauvoisis*, édition Beugnot, 2 vol. in-8, Paris, Renouard, 1842.

Beaune (Henri). — *La condition des personnes*, 1 vol. in-8, Paris, Larose, 1882.

— *La condition des biens*, 1 vol. in-8, Paris, Larose, 1885.

Bélime. — *Traité du droit de possession*, 1 vol. in-8, Paris, Joubert, 1842.

Boiceau. — *Traité de la preuve par témoins en matière civile*, publié par M. Danty, avocat au Parlement, 1 vol. in-4, 6e édit., Paris, Delalain, 1769.

Bourcart (Gabriel). — *Des actions possessoires en droit français*, (thèse, Paris, 1880), in-8, Paris, Pedone-Lauriel, 1880.

Bourdot de Richebourg. — *Nouveau coutumier général de France*, 8 vol. in-f° (4 tomes), Paris, Michel Brunet, 1724, t. II, III et IV.

Bourjon. — *Le droit commun de la France*, 2 vol. in-f°, Paris, Grangé et Rouy, 1747.

Boutaric. — *Traité des droits seigneuriaux et des matières féodales*, 1 vol. in-4, Nismes, Gaude père et fils et Cie, 1781.

Brodeau. — *Commentaire sur la Coutume de la prévosté et vicomté de Paris*, 2 vol. in-f°, Paris, Rocolet et Guignard, 1658.

Bruns. — *Das Recht des Besitzes im Mittelalter*, 1 vol. in-8, Tübingen, Laup und Siebeck, 1848.

Championnière. — *De la propriété des eaux courantes*, 1 vol. in-8, Paris, Charles Hingray, 1846.

Chénon. — *Les démembrements de la propriété foncière en France avant et après la Révolution*, 1 vol. in-8, Paris, Larose et Forcel, 1881

— *Etude sur l'histoire des alleux en France*, 1 vol. in-8, Paris, Larose et Forcel, 1888.

Choppin. — *Traité du domaine de la couronne de France*, 1 vol. in-f° (t. II des œuvres), Paris, Louis Billaine, 1662.

Cochin. — *Œuvres*, 6 vol. in-4, Paris, Desaint et Saillant, 1751-1757, t. I, III et IV.

Colmet de Santerre. — Voy. Demante.

Coquille (Guy). — *Coutume de Nivernais*, édit. Dupin, 1 vol. in-8, Paris, Henri Plon, 1864.

Cujas. — *Jacobi Cujacii opera*, 11 vol. in-f°, Venetiis, Gaspar Storti, 1758-1783, t. II, IV et VIII.

Cuq (E.). — *Les institutions juridiques des Romains : l'ancien droit*, 1 vol. in-8, Paris, Plon, Chevalier-Marescq, 1891.

— *Recherches sur la possession à Rome sous la République et aux premiers siècles de l'Empire*, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, tome XVIII, in-8, Paris, Larose, 1894.

Dalloz. — *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, 44 tomes, en 47 vol. in-4, 1845-1864, t. III, XXXIX et XLIII.

— *Jurisprudence générale, Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législatiom et de doctrine*, années 1834 et 1886.

Danty. — Voy. Boiceau.

Demante et Colmet de Santerre. — *Cours analytique de Code civil*, 9 vol. in-8,Paris, Thorel, Plon et Nourrit, 1849 1884, t. VII.

Demolombe. — *Traité des contrats et des obligations conventionnelles en général*, 8 vol. in-8, Paris, Durand et Pedone-Lauriel, 1877-1882, t. IV.

Didier-Pailhé. — *Cours élémentaire de droit romain*, 2 vol. in-8, 3e édit., Paris, 1887.

Domat. — *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, édit. Remi, 4 vol. in-8, Paris, Alex.-Gobelet, 1835, t. II.

Doneau. — *Hugonis Donelli jurisconsulti commentariorum de jure civili libri XVIII* (manquent le titre général et la date de l'édition), 1 vol. in f°.

Dubois (E.). — *La Table de Cles*, dans la *Revue de législation française et étrangère, ancienne et moderne*, année 1872, pp. 7 à 52, Paris, Thorel, 1872.

Dumoulin. — *Caroli Molinæi omnia quæ extant opera*, 5 vol. in-f°, Parisiis, P. Rocolet, 1681, t. I et II.

Dunod de Charnage. — *Traité des prescriptions*, 1 vol. in-4, Paris, Briasson, 1774.

Duplessis. — *Traitez sur la Coutume de Paris*, t. I, in-f°, Paris, Durand, 1754.

Duranton. — *Cours de droit français suivant le Code civil*, 22 vol. in-8, Paris, Névé, Gobelet, Thorel, 1825-1842, t. XXI.

Duvergier. — Voy. Toullier.

Esmein. — *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, 1 vol. in-8, 3e édit., Paris, Larose, 1898.

— *Le mariage en droit canonique*, 2 vol. in-8, Paris, Larose et Forcel, 1891.

Fenet. — *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, 15 vol. in-8, Paris, Videcoq, 1836, t. X, XIII, XIV, XV.

Ferrière. — *Corps et compilation de tous les commentateurs anciens et modernes sur la Coutume de Paris*, 4 vol. in-f°, Paris, Henry Charpentier, 1714.

Festus. — *De la signification des mots*, 2 vol. in-8, Paris, Panckoucke, 1845.

Garsonnet. — *Histoire des locations perpétuelles et des baux à longue durée*, 1 vol. in-8, Paris, Larose, 1879.

— *Traité théorique et pratique de procédure*, 7 vol. in-8, Paris, Larose et Forcel, 1882-1897, t. I.

Gide. — *Etudes sur la novation et le transport des créances en droit romain,* 1 vol. in-8, Paris, Larose, 1879.

Girard (**P.-F.**). — *Textes de droit romain,* 1 vol. in-12, 2e édit., Paris, Arthur Rousseau, 1895.

— *Manuel élémentaire de droit romain*, 1 vol. in-8, Paris, Arthur Rousseau, 1897.

Giraud (**Ch.**). — *Recherches sur le droit de propriété chez les Romains,* 2 vol., in-8 (1er seul paru), Aix, Aubin, 1838.

Glasson. — *Histoire du droit et des institutions de la France* (en cours de publication), Paris, Pichon, 1887-18..., t. VII.

Henrion de Pansey. — *Dissertations féodales,* 2 vol. in-4, Paris, Théophile Barrois, 1789, t. II.

Hervé. — *Théorie des matières féodales et censuelles,* 7 tomes en 8 vol. in-8, Paris, Knapen, 1785-1788, t. II et VII.

Heusler. — *Die Gewere,* 1 vol. in-8, Weimar, Hermann Bœhlau, 1872.

Huc (**Th.**). — *Traité théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances,* 2 vol. in-8, Paris, Pichon, 1891, t. I.

Isambert, Jourdan et Decrusy. — *Recueil général des anciennes lois françaises,* 29 vol. in-8, Paris, Plon, 1822-1833, t. III, XII, XIV, XVIII et XX.

Ihering (**Rodolphe de**). — *L'esprit du droit romain,* traduction par de Meulenaere, 4 vol. in-8, Paris, Marescq, 1877-1878.

— *Fondement des interdits possessoires,* traduction par de Meulenaere, 1 vol. in-8, Paris, Marescq aîné, 1882.

— *Du rôle de la volonté dans la possession,* traduction par de Meulenaere, 1 vol. in-8, Paris, Marescq, 1891.

Jobbé-Duval. — *Etude historique sur la revendication des meubles en droit français,* 1 vol. in-8, Paris, Larose, 1880.

Krueger. — Voy. Mommsen.

Labori. — *Répertoire encyclopédique du droit français,* 12 vol. in-4, Paris, Marchal et Billard, 1889-1896, t. II.

Laboulaye. — *Histoire du droit de propriété foncière en Occident,* 1 vol. in-8, Paris, Durand, 1839.

La Roque (**de**). — *Traité de la noblesse et de ses différentes espèces;* — *Traité de la noblesse et de son origine,* 1 vol. in-4, Paris, J.-B. Gibert, 1761.

La Thaumassière (**Thaumas de**). — *Nouveaux commentaires sur les coutumes générales des pays et duché de Berry* ; — *Le franc-alleu de la province de Berry,* 1 vol. in-f°, Bourges, J.-J. Christo, 1750.

Laurent. — *Principes de droit civil français,* 33 vol. in-8, t. VIII, XXIV, XXVII et XXXII.

Laurière (**Eusèbe de**). — *Textes des coutumes de la prévosté et vicomté de Paris*, 3 vol. in-8, Paris, Nyon, 1777.

Le Maistre. — *Coutume de Paris*, 1 vol. in-f°, Paris, Saugrain, 1741.

Locré. — *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, 31 vol. in-8, Paris, Treuttel et Wurtz, 1827, t. VI, XII, XIV et XVI.

Loyseau. — *Les œuvres de Me Charles Loyseau*, 1 vol. in-f°, Lyon, 1701.

Loysel. — *Institutes coutumières*, édition Dupin et Laboulaye, 2 vol. in 12, Paris, Videcoq, 1846.

Machelard. — *Théorie générale des interdits en droit romain*, 1 vol. in-8, Paris, Durand, 1865.

— *Textes de droit romain*, 1 vol. in-8, Paris, Durand, 1856.

Marcadé et Pont. — *Explication théorique et pratique du Code civil*, 13 vol. in-8, 6e édit., Paris, Delamotte, t. VI, 1868, t. VII, 7e édit., 1873, et t. VIII, 1867.

May. — *Eléments de droit romain*, 1 vol. in-8, 2e édit., Paris, Larose et Forcel, 1892.

Maynz. — *Cours de droit romain*, 3 vol. gr. in-8, 4e édit., Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1876-1877, t. I.

Menochius. — *De præsumptionibus, conjecturis, signis et indiciis*, 2 vol. in-f°, Genève, Samuel de Tournes, 1686.

Merlin. — *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 36 vol. in-4, Bruxelles, Tarlier, 1825-1828, t. X, XVII, XXIV, XXVII.

Molitor. — *La possession, la revendication, la publicienne et les servitudes*, 1 vol. in-8, 2e édit., Paris, Thorin, 1874.

Mommsen (**Krueger et**). — *Corpus juris civilis*, I *Institutes* (éd. Krueger) et *Digeste* (éd. Mommsen) ; — II *Code* (éd. Krueger), 2 vol., édit. stéréotype, 1872-1877.

Moulin (**Henri**). — *De l'acquisition légale de l'hérédité* (thèse, Poitiers, 1892), Paris, Arthur Rousseau, 1892.

Mourlon. — *Répétitions écrites sur le Code civil*, 3 vol. in-8, 10e édit. Paris, Marescq aîné, 1877-1878, t. III.

Muirhead. — *Introduction au droit privé de Rome*, traduction Bourcart, 1 vol. in-8, Paris, Pedone-Lauriel, 1889.

Namur. — *Cours d'Institutes et d'histoire du droit romain*, 2 vol. in-8, Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1878.

Niebuhr. — *Histoire romaine*, traduction de Golbéry, 7 vol. in-8, Paris, Levrault, 1830-1840, t. III (1834).

Pépin le Halleur. — *Histoire de l'emphytéose*, 1 vol. in-8, Paris, 1843.

Petit. — *Traité élémentaire de droit romain*, 1 vol. in-8, 3e édit., Paris, Arthur Rousseau, 1898.

Poncelet. — *Recueil complet des discours prononcés lors de la présentation du Code civil*, 2 vol. gr. in-8, Paris, Firmin Didot, 1838 ; — tome I : *Motifs et discours* ; — tome II : *Discussion*.

Pont. — Voy. Marcadé.

Pothier. — *Œuvres* annotées et mises en corrélation avec le Code civil et les autres dispositions de la législation actuelle, par M. Bugnet, 11 vol. in-8, Paris, Videcoq, 1845, t. I, II, III, IV, VII, VIII et IX.

Randa. — *Der Besitz nach œsterreichischem Rechte*, 1 vol. in-8, 4 Auflage, Leipsick, Breitkopf und Hærtel, 1895.

Saleilles. — *Etude sur les éléments constitutifs de la possession*, dans la *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*, années 1893 et 1894, 2 vol. in-8, Paris, A. Rousseau.

Savigny. — *Traité de la possession en droit romain*, traduit par Henri Staedtler, 1 vol. in-8, 2e édit., Paris, Durand et Pedone-Lauriel, 1870,

Sirey. — *Recueil général des lois et arrêts*, années 1878, 1879, 1880, 1883, 1885, 1886, 1888 et 1889.

Tiraqueau. — *Tiraquelli opera omnia quæ extant*, 3 vol. in-f°, Francofurti, 1574, t. I.

Toullier. — *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, 14 livr. in-8, 6e édit., accompagnée de notes par Duvergier, Paris, 1844-1848, t. IV, V.

— *Continuation* par Duvergier, 6 vol. in-8, Paris, Renouard, 1835-1838, t. II.

Tripier et Monnier. — *Code civil*, 1 vol. in-32, Paris, Pichon, 1899.

Troplong. — *De la prescription*, 2 vol. in-8, 4e édit., Paris, Hingray, 1857.

— *De la vente*, 2 vol. in-8, 5e édit., Paris, Hingray, 1856, t. II.

Vangerow. — *Lehrbuch der Pandekten*, 7 Auflage, 3 vol. in-8, Marburg und Leipzig, Elwert'sche Universitœts Buchhandlung, 1863-1868. t. I.

Vermond. — *Théorie générale de la possession en droit romain*, 1 vol. in-8, Paris, Larose, 1895.

Viollet (P.). — *Histoire du droit civil français*, 1 vol. in-8, 2e édit. du *Précis de l'histoire du droit français*, Paris, Larose et Forcel, 1893.

— *Les établissements de Saint-Louis*, 4 vol. in-8, Paris, Renouard, 1881-1886, t. I, II et IV.

Wodon (L.). — *Traité théorique et pratique de la possession et des actions possessoires*, 3 vol. in-8, 2e édit., Bruxelles, Ferdinand Larcier, Paris, A. Marescq aîné, 1878.

TABLE DES MATIÈRES

TROISIÈME PARTIE

Le Droit actuel.

Imp. G. Saint-Aubin et Thevenot.— J. THEVENOT, successeur, Saint-Dizier (Haute-Marne).

ERRATA

P. 13, note 1, ligne 1, au lieu de : *proponaste*, lire : *proponas te.*
P. 41, note 1, lignes 5 et 6, au lieu de : *Textes de dr. D.*, lire : *Textes de dr. rom.*
P. 51, ligne pénult., *in fine*, au lieu de : *et*, lire ; *vel.*
P. 77, ligne antépénult., au lieu de : *inrem*, lire : *in rem.*
P. 78, ligne 11, au lieu de : *contenait*, lire : *comportait.*
P. 87, ligne 6, au lieu de ; *inaliénabilité*, lire : *aliénabilité.*
P. 102, ligne 14, au lieu de : *que bailleur*, lire : *que le bailleur.*
P. 107, ligne 8, au lieu de : *font*, lire : *faisaient.*
P. 120, ligne 17, au lieu de : *terres*, lire : *termes.*
P. 122, note 3, ligne 3, *in fine*, au lieu de : *les*, lire : *le.*
P. 177, ligne 25, au lieu de : *résoud*, lire : *résout.*
P. 199, ligne 17, supprimer le mot : *ici.*
P. 207, ligne 19, au lieu de : 1483, lire : 1583.
P. 209, note 1, *in fine*, ajouter : art. 1004, 1006, 1026, C. civ.
P. 218, ligne 2, au lieu de : *Bélim.*, lire : *Bélime.*





